الدكتور
أحمد الحصرى
أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر
ورئيس قسم الفقه والتشريع
وعميد كلية الشريعة بالجامعة الأردنية

النكاح

والقضايا المتعلقة به

فى الفقه الإسلامى للأحوال الشخصية

الجزء الثانى

الطبعة الثانية

الدكتور

أحمد الحصَرى

أستاذ الفقه المقارن بكلية الشريعة والقانون

جامعة الأزهر

ورئيس قسم الفقه والتشريع

وعميد كلية الشريعة بالجامعة الأردنية

النكاح

والقضايا المتعلقة به

فى الفقه الإسلامى للأحوال الشخصية

الجزء الثانى

الطبعة الثانية


بسم الله الرحمن الرحيم

انهاء عقد النكاح وانتهاؤه

الأسباب والشروط - والنتائج :
فى الفقه الإسلامى والقانون المعاصر

تمهيد :

ينتهى عقد النكاح بمعنى انحلال رابطة الزوجية وانقطاع العلاقة التى بين الزوجين بسبب من الأسباب الموجبة لذلك والتى سنبينها بالتفصيل فيما يلى :

وهى إما بالطلاق أو بفسخ العقد وذلك لأن انحلال رابطة الزوجية قد يكون بالطلاق والذى وضع له فقهاء الشريعة بيانا مفصلا مستمدا من كتاب الله وسنة رسوله صلوات الله وسلامه عليه وبينوا متى يكون الطلاق مطابقا وموافقا للمصدرين المذكورين ومتى لايكون -كما تنتهى الرابطة بفسخ عقد الزواج وانهاء رابطة الزوجية بالطلاق ولاينقص العقد به وإنما يوجب انهاءه ويترتب على الإنهاء رفع الآثار التى ترتب على هذا العقد والميثاق الغليظ من اباحة التمتع لكل من طرفى العقد . (الزوج والزوجة) بالآخر فورا كالاثر المترتب على الطلاق البائن بينونة كبرى أو صغرى .

وقد لايترتب على الانهاء بالطلاق زوال الحل فى الحال بل يتوقف زواله على انتهاء العدة كما فى الطلاق الرجعى اما بقاء العقد أو انهاءه بفسخه لسبب حدوث أمر عارض يمنع بقاءه واستمراره أو بسبب أمر اقترن بانشاء العقد وجعله عقدا غير لازم -فمن الأول فسخ العقد بسبب ردة الزوجة المسلمة ، أو إبائها الإسلام اذا أسلم زوجها ولم تكن كتابية ومثال

السبب الثانى للفسخ الحادث والناشئ عن خيار البلوغ أو الإفاقة أو لنقصان مهر الزوجة عن مهر مثلها أو لعدم الكفاءة كما سيأتى تفصيله فى الكلام بالتفصيل عن اراء المذاهب الفقهية فى هذا الموضوع فيما بعد .

وسوف نذكر متى يكون انهاء العقد طلاقا ومتى يكون فسخا لعقد النكاح عند الكلام عن الطلاق فى رأى الفقه الحنفى وغيره من فقهاء المذاهب التى سننقل آراءها فى هذا الموضوع وهى الفقه المالكى والشافعى والحنبلى والظاهرى والفقه الإمامى والزيدى - وسوف نبين ان شاء الله تعالى متى يحتاج إنهاء العقد إلى قضاء من القاضى ومتى لايحتاج .

عليه نبدأ فنقول :

أولا: الطلاق

المذهب الحنفى:

تفسير الطلاق

أولا - الطلاق، لغة، اسم بمعنى المصدر الذى هو التطليق كالسلام، والسراح بمعنى التسليم والتسريح. ومنه قوله تعالى: « الطلاق مرتان »أى التطليق. وقيل:

(١) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية ص ٣١٤ .

الطلاق مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقا كالفساد . وعن الأخفش نفى الضم .

والطلاق لغة رفع الوثاق مطلقا ، واستعمل فعله بالنسبة إلى غير نكاح المرأة م الأفعال كأطلقت بعيرى،وأسيرى. وفيه من التفعيل طلقت امرأتى يقال ذلك إخبارا عن أول طلقة أوقعها فإن قاله ثانية فليس فيه إلا التأكيد. أما إذا قاله فى الثالثة فالمراد به التكثير كغلقت الأبواب . . .

ثانياً ـ الطلاق فى عرف الشارع

المذهب الحنفى

عرف بعض الأحناف الطلاق : بأنه : رفع القيد الثابت بالنكاح فى الحال أو المآل بلفظ مخصوص .

فرفع،هذا القيد فى الحال،يكون بالطلاق البائن ،ورفعه فى المآل يكون بالطلاق الرجعى ، فإن زوال الملك فيه إنما يكون بعد انقضاء العدة .

وعرفه بعض آخر منهم بأنه « رفع قيد النكاح أو نقصان الحل بلفظ مخصوص» فرفع قيد النكاح يكون بالبائن ، ونقصان الحل يكون بالرجعى . فإن أثر الطلاق الرجعى ، إنما هو نقصان الحل بنقصان عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته .

وكلا التعريفين شامل لقسمى الطلاق . لكن التعريف الثانى أوضح وأضبط ؛ لأنه راعى فى كل من القسمين أثره المباشر الذى يثبت له على فور حصوله، فإن نقصان عدد الطلقات هو أثره الذى يثبت فور الطلاق الرجعى. أما رفع الملك فلا يكون إلا متراخيا عنه .

والمراد باللفظ المخصوص فى كلا التعريفين هو ما كان صريحا مأخوذا من مادة « طلاق و[illegible] » [illegible] من ألفاظ الكنايات مثل « محرمة وبائن »

وما أليهما من الألفاظ التى تحتمل الطلاق وغيره ويترجح فيها معنى الطلاق بمرجح خاص كالنية ، فيكون من ألفاظ الكناية قول الزوج لامرأته « أطلقتك » « وأنت مطلقة » بسكون الطاء من الإطلاق ، فإن ذلك يحتمل معنى الطلاق الذى هو حل قيد الزواج ، كما يحتمل حل قيد آخر .

وليس بلازم فى ذلك اللفظ المخصوص أن يكون منطوقاً به ، فإن ما يفيد معناه من الكناية والإشارة — كما فى حالة الأخرس — يقع به الطلاق أيضا .

ويلحق بلفظ الطلاق أيضا لفظ الخلع وقول القاضى : « فرقت » فى حالات اللعان والعنة وإباء الزوج عن الإسلام : فإن هذا كله معدود من الطلاق[1] .

هذا — ولو لم يذكر فى التعريف قيد « اللفظ المخصوص » أو ما يشبهه لانتقض بالفسخ ؛ فإنه يزيل الحل ويرفع العقد ، وهو ليس من باب الطلاق .

ركن الطلاق

ركن الطلاق نفس اللفظ الذى اعتبره الشارع رافعا لقيد النكاح أو مايقوم مقامه من الكناية والإشارة المفهومة .

سببـــه : الحاجة إلى الخلاص عند تباين الأخلاق ، وعروض البغضاء ، الموجبة عدم إقامة حدود الله تعالى ، ففى شرعه رحمة من الله سبحانه وتعالى .

حـــكمه : زاول الملك عن الحل .

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢٠ ، ٢١

حكمة المشروعية

الزواج رابطة بين الرجل والمرأة أراد الشارع بها إعفافهما وحفظ شرفهما ، وصيانة للمجتمع من الفناء وذلك عن طريق التناسل وحفظ الأنساب « نساؤكم حرث لكم » فالزواج نعمة من الله تستوجب الشكر ، برعايتها ، والمحافظة عليها ، للانتفاع بثمراتها .

لكن هذه الرابطة قد تعتريها حالات لا تتوافر معها المحبة بين الزوجين ، ولا يستقيم فيها معنى التعاون على شئون الحياة والقيام بما أمر الله . فيصبح الفراق أمرا لازما حيث تصبح رابطة الزواج بدون حب . وفى حاله يسود فيها الشقاق تصبح صورة من غير روح ، وقيدا من غير رحمة ؛ لا تثمر ثمرتها ، ولا تحقق ما أريد منها ، ولا يكون بها اعفاف ولا شرف ولا تعاون ولا صيانة ، ويكون الإبقاء عليها . وسد الأبواب دون التخلص منها من أعظم الظلم وأشد أنواع القسوة ؛ بل يكون ضربا من الخداع والغش ومدعاة النفاق والتمويه ، وعاملا من عوامل الزيغ والميل إلى المخادنات البغيضة .

فمن أجل هذا شرع الله الطلاق نعمة يتخلص بها الزوجان المتباغضان المتنافران من قيد تلك الرابطة فيلتمس كلاهما من هو خير له وأحسن معاملة وأكرم عشرة .

السر فى جعل الطلاق بيد الرجل

لم تكل الشريعة أمر الطلاق إلى الزوجة ؛ لأمور منها : أن المرأة خلقت على غرائز وطبائع لا يساويها فيها الرجل : فمن ذلك طبيعة التأثر بالعاطفة تأثرا سريعا قويا ، وهو [illegible] بحيث فى بعض الأحيان ، فإنه داعية [illegible]

والحنان والشفقة التي لا بد منها في تربية الطفل وإصلاحه ، والتي تحبب إلى الأم الصبر والجلد في رعايته وتهذيبه . ولكنه في مواطن أخرى يجر إلى كثير من الضرر والشر واضطراب الأمر : فالمرأة — في مواطن الغضب ، ولأقل أسباب الغضب التي، لا تخلو منها المعاشرة -- يشتد انفعالها ، ويحتد مزاجها ، وتندفع مع العاطفة ، لا تتردد في هذا الاندفاع ولا تبالي بما يكون وراءه من نتائج ضارة أو نافعة ، حسنة أو سيئة ، بل ترى الحسن كله ، والنفع جميعه، في أن تجيب داعي تلك العاطفة ، وتحقق مطالبها العاجلة التي تغطي على دواعي التريث والتمهل إلى وقت تهدأ فيه ثورة النفس ، ويحسن فيه التدبر في الأمر، بتقليب نواحيه الضارة والنافعة ، والموازنة بين ما يدعو إليه العقل وما تدعو إليه العاطفة .

والمرأة في مواطن الرغبة وحيث ترى أو تتخيل بارقات أمل في حياة أسعد من حياة زوجيتها الحاضرة — تتأثر بالعاطفة تأثرا قويا عنيفا، لا يقل في قوته وعنفه ، عن تأثرها في مواطن الغضب .

فلو ملكت الزوجة أمر الطلاق لتصرفت به على نحو يرضي فيها تلك العاطفة مما تظن فيه سعادتها ، وكثيرا ما تكون نتيجته هي الشقاء بعينه .

نحن لا نريد بهذا أن نحكم بأن الرجل مجرد من هذه العاطفة ، أو معصوم من التأثر بنزعاتها المختلفة ، فإن التأثر بالعاطفة من ميزات الإنسانية ، بل قد يكون في الرجال من هو أسرع انفعالا وأشد تأثرا بها من بعض النساء . ولكن ليس هذا هو الشأن ، وليس هو الكثير الغالب ، للمعنى الذي أشرنا إليه من احتياج الأمومة إلى درجات من قوة العاطفة ، لا تساويها فيها الأبوة .

على أن الشريعة قد راعت في مواطن كثيرة تحقيقا لمعنى الهناءة والاستقرار لحياة الزوجية — توفير أسباب هذه الهناءة ، وموجبات هذا الاستقرار : فلم تهدر رأي المرأة وحقها في موضوع الطلاق ، بل جعلت

لها كامل الحق فى المطالبة به ، وأوجبت على القاضى أن يجيبها إلى طلبها ، ويفرق بينها وبين زوجها ، متى أبدت من الأسباب ما تقره العدالة وتؤيده الشريعة التى شددت فى وجوب رعاية الزوجة ، والمحافظة على أسباب راحتها وسعادتها ؛ وأوردت فى ذلك من التعاليم أكثر مما أوردته لأجل الرجل ، نظرا إلى أنها صاحبة المدرسة الأولى التى إليها تربية النشىء وإصلاحه وتهذيبه، وعلى جهودها الصالحة النافعة تقوم هناءة الأسرة وسعادة الأمة .

الطلاق لن يكون وقفا على القضاء

هذا — وإذا كانت الشريعة قد أعطت المرأة حق الالتجاء إلى القضاء ليفرق بينها وبين زوجها فى الحالات التى لا تستقيم فيها أمور الزوجية فذلك لا ينبغى أن يكون مبررا للنزعة الحديثة التى ينادى أصحابها بأن أمر الطلاق كله يجب أن يكون وقفا على القضاء ، فلا يملك الرجل أن يطلق امرأته فيما بينه وبينها ، فإن هذه نزعة خطرة ليست فى صالح الرجل والمرأة ، وليست كذلك فى مصلحة الأسرة والأمة . هى عسيرة التحقيق ، ومن شأنها أن تنشر خبايا البيوت ، وتفضح أسرار الأسر . وهل كل أسباب النفور بين الزوجين يمكن الإفضاء به إلى القضاء ؟ وهل مما يليق فى قوانين الآداب العامة — إذا كان سبب الفرقة مما يرجع إلى الأخلاق والسلوك أو غيرهما مما نهت الشريعة عن فضح أمره ، وأمرت بالتصرف فيه على ما يحقق المصلحة ويرعى الآداب — أن يسجل ذلك كله فى سجلات القضاء ؟ .

لا . . . إنه يجب أن نراعى فى الشئون العامة ألا نخضعها للأهواء والنزعات الفردية ، وألا نحكم فيها الرغبات اللائحة ، والميول المتنقلة غير المستقرة . ونظام البيوت والأسر لا ينبغى أن يكون ، فى كل وقت ، تبعا لتلك الرغبات والأهواء ، ولو كانت على خلاف شرائع السماء .

صفة الطلاق الشرعية .

صفة الطلاق الشرعية . أى حكمه الثابت له من الاباحة والحظر كالآتى:

١ ـ طلاق محظور منهى عنه لكنه يقع مع المؤاخذة، وهو أن يطلق الرجل امرأته من غير سبب يدعو إلى طلاقها من كراهة ونفور ، أو سوء عشرة ، أو اعوجاج سيرة ، فإن الطلاق بلا سبب يكون إيذاء للمرأة بغير حق ،وذلك منهى عنه شرعاً . فهو ،مع كونه يقع لايكون خالياً،عن المؤاخذة

من ثم، فإذا طلق من غير سبب من هذه الأسباب وما شابهها فإن الطلاق يقع مع كونه محظورا .

٢ ـ طلاق مباح لا مؤاخذة فيه : وهو أن يطلق الرجل امرأته لسبب يدعو إلى طلاقها من كراهة ونفور ، أو سوء عشرة ، أو اعوجاج سيرة . وما شابه ذلك كله .

وهذا الطلاق المباح تختلف درجات حله على حسب تفاوت أسبابه ، قوة وضعفاً . فيكون مباحاً إباحة مجردة، له فيها الخيار بين الفعل والترك،وذلك إذا كان السبب ضعيفاً لايرجع إلى سوء خلق الزوجة أو عشرتها أو تدينها ، بل يكون مرجعه النفور الطبيعى الذى لادخل لها فيه .

وقد يكون مستحباً شرعاً إذا كان سببه سوء أخلاق الزوجة وطباعها وإيذاء الزوج أو الجيران بالقول أو بالفعل وما يشبه ذلك .

وقد يكون واجباً إذا كان السبب يرجع إلى عيب فى الرجل لاترضى به المرأة مما يفوت به الانتفاع بثمرات الزواج ، أو كان يرجع إلى سوء سلوك الزوجة ، وما إلى ذلك من الأسباب القوية .

صفة الطلاق من جهة وقته وعدده

والطلاق من جهة وقت إيقاعه ،وطريقة إيقاعه وعدده، يتنوع إلى مباح ومحظور، أيضاً ويعبر عنهما الفقهاء «بالطلاق السنى» « الطلاق البدعى» : حسب التفصيل الآتى :

طلاق السنة

الطلاق السنى

قال الكمال ابن الهمام : إعلم أن الطلاق سنى وبدعى . والسنى من حيث العدد ومن حيث الوقت والبدعى كذلك والسنى حسن وأحسن .

الطلاق الأحسن

هو أن يطلق الرجل امرأته تطليقة واحدة فى طهر لم يجامعها فيه ، ولا فى الحيض الذى قبله ، ولا طلاق فيه وهذا على ظاهر المذهب ويتركها حتى تنقضى عدتها لما أسند ابن أبى شيبة عن إبراهيم النخعى أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة ، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض . وقال محمد : بلغنا عن إبراهيم النخعي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يزيدوا فى الطلاق على واحدة حتى تنقضى العدة ، فإن هذا أفضل عندهم ، من أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا عند كل طهر واحدة ، ولأنه أبعد عن الندامة حيث أبقى لنفسه مكنة للتدارك حيث يمكنه التزوج بها فى العدة ، أو بعدها دون تخلل زوج آخر ، وأقل ضرراً بالمرأة حيث لم تبطل محليتها بالنسبة إليه فإن سعة حلها نعمة عليها فلا يتكامل ضرر الإيحاش وهذا الطلاق لم يقل أحد بكراهته

الطلاق الحسن

وهو الطلاق المفضول من طلاقى السنة هو : أن يطلق المدخول بها ثلاثا فى ثلاثة أطهار ، سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لأنه المخاطب بإيقاعه كذلك . ويجب على الغائب إذا أراد أن يطلق أن يكتب إذا جاءك كتابى هذا وأنت طاهرة فأنت طالق ، وإن كنت حائضا فإذا طهرت فأنت طالق[1] — ورد الأحناف على من قال إن هذا الطلاق من الطلاق البدعى

---

(١) فتح القدير جـ

وأنه لا يباح إلا واحدة ، لأن الأصل فى الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص ، وقد إندفعت بالواحدة[1] فقالوا :

ذهب بعض الناس إلى أن ايقاع الطلاق ليس بمباح إلا عند الضرورة لقوله عليه السلام : « لعن الله كل ذواق مطلاق » والعامة على إباحته بالنصوص المطلقة كقوله تعالى : « يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » وقوله تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء » وأمثالها[2] كما يرد على من قال إن الطلاق الثانى بدعة بما رواه البخاري وغيره مسند إلى نافع عن عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب عن ذلك فقال عليه السلام مره فليراجعها . ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء » يشير بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى قوله «فطلقوهن لعدتهن » ـ فالرسول صلى الله عليه وسلم خير بين الإمساك والطلاق ولو كان الطلاق[3] بدعة لما فعل — وقد روى الدار قطنى من حديث معلى بن منصور حدثنا شعيب بن زريق أن عطاء الخراسانى حدثهم عن الحسن قال : حدثنا عبد الله بن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بطلقتين آخريين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا ابن عمر « ما هكذا أمرك الله قد أخطأت السنة ، السنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » فأمرنى فراجعتها فقال : « إذا هي طهرت فطلق عند ذلك أو أمسك » فقلت يا رسول الله أرأيت لو طلقتها ثلاثا

---

(١) نسب الكمال ابن الهمام هذا القول إلى المالكية فقال : (وقال مالك هـذا بدعة ولا يباح الا واحدة » فتح القدير جـ ٣ ص ٢٣ .

(٢) العناية على هامش فتح القدير جـ ٣ ٢٢ .

(٣) المصدر السابق .

أكان يحل لى أن أراجعها فقال « لا كانت تبين النك وكانت معصية » وقدأعل هذا الحديث البيهقى بالخراسانى قال : أتى بزيادات لم يتابع عليها وهو ضعيف لا يقبل ماتفرد به — لكن يرد على هذا أن هذا الحديث قد رواه الطبرانى من طريق آخر كما صرح الحسن بسماعه من ابن عمر — وقال أبو حاتم قيل لأبى زرعة : الحسن لقى ابن عمر قال : نعم والخراسانى قد ظهرت متابعته — وقال الأحناف : إن الحكم يدار على دليل الحاجة لخفائها لأنها باطنة ودليلها الاقدام على طلاقها فى زمن تجدد الرغبة ، وقد تكون الحاجة ماسة إلى تركها البته لرسوخ الأخلاق المتباينة ، وموجبات المنافرة ، فلا تفيد رجعتها فيحتاج إلى فطام النفس عنها على وجه لا يعقب الندم، وطريق إعطاء هذه الحاجة مقتضاها على وجه لا يعقب الندم هو أن يطلق واحدة ليجرب نفسه على الصبر ، ويعالجها عليه ، فإن لم يقدر تدارك بالرجعة ، وإن قدر أوقع أخرى فى الطهر الآخر كذلك ، فإن قدر أبانها بالثالثة بعد تمرن النفس على الفطام : ثم إذا أوقع الثلاثة فى ثلاثة أطهار فقد مضت من عدتها حيضتان إن كانت حرة ، فإذا حاضت حيضة انقضت . وإن كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع ثنتان .

طلاق غير المدخول بها للسنة

قال الأحناف : السنة فى الوقت تثبت فى المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها فى طهر لم يجامعها فيه لأن المراعى دليل الحاجة إلى الطلاق وهو الإقدام على الطلاق فى زمان تجدد الرغبة ، وهو الطهر الخالى عن الجماع ، أما زمان الحيض فزمان النفرة وبالجماع مرة فى الطهر تفتر الرغبة — أما غير المدخول بها فيطلقها فى حالة الطهر والحيض لأن الرغبة فى غير المدخول بها صادقة لاتقل بالحيض ، مالم يحصل مقصود منها . وفى المدخول بها تتجدد بالطهر وقال زفر رحمه الله غير المدخول بها كالمدخول بها فى طلاقهما للسنة من حيث الوقت .

طلاق الصغيرة والآيسة

والصغيرة والآيسة إذا أراد أن يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة ، فإذا مضى عليها شهر طلقها أخرى ، ثم إذا مضى شهر طلقها الثالثة لأن الشهر فى حق الصغيرة والكبيرة التى لاتحيض قائم مقام الحيض قال تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم . . . إلى أن قال واللائى لم يحضن) أى بعد فقد أقام الله الأشهر مقام الحيض حيث نقل من الحيض إليها وأيضاً نص على أن الأشهر عدة بقوله تعالى « فعدتهن ثلاثة أشهر » والعدة فى ذوات الحيض ليس إلا الحيض لا المجموع فلزم بالضرورة كون الأشهر بدل الحيض ثم إن كان الطلاق فى أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة ، وإن كان فى وسطه فبالأيام فى حق تفريق الطلقات ، فلا تطلق الثانية فى اليوم الموفى ثلاثين من الطلاق الأول بل فى الحادى والثلاثين فما بعده لأن كل شهر معتبر بثلاثين يوما ، فلو طلقها فى اليوم الموفى ثلاثين كان جامعا بين طلاقين فى شهر واحد . ويجوز أن يطلق الصغيرة والآيسة ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان لأنه لايتوهم الحبل فيها والكراهية فى ذوات الحيض باعتبار توهم الحبل لأن عند ذلك يشتبه وجه العدة فلا يدرى هل تنقضى بوضع الحمل على إعتبار انها حملت ، أو تنقضى بالأشهر على إعتبار أن عدتها بالأشهر — وقال زفر يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر لقيامه مقام الحيض فيمن لاتحيض وفيها يفصل بين طلاقها ووطئها بحيضة فكذا ههنا بشهر ولأن الرغبة تفتر بالجماع وإنما تتجدد بزمان وهو الشهر[1] .

---

(١) العناية على هامش فتح القدير جـ ٣ ص ٣١

الطلاق البدعى

معناه :

وهو الطلاق الذى خالف الطلاق الذى أشارت إليه السنة . وذلك بأن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة ، أو مفرقة فى طهر واحد أو ثنتين كذلك . أو واحدة فى الحيض ، أو فى طهر قد جامعها فيه أو جامعها فى الحيض الذى يليه هو .

أنواعه :

قال الأحناف : البدعة نوعان نوع يرجع إلى الوقت ، ونوع يرجع إلى العدد . أما الذى يرجع إلى الوقت فنوعان أيضاً . أحدهما الطلقة الواحدة الرجعية فى حالة الحيض إذا كانت مدخولا بها سواء أكانت حرة أم أمة ؛ لأن الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، قال لعبد الله بن عمر حين طلق امرأته فى حالة الحيض: أخطأت السنة. ولأن فى هذا النوع من الطلاق تطويل العدة على المرأة ؛ لأن الحيضة التى صادفها الطلاق فيه غير محسوبة من العدة فتطول العدة عليها ، وذلك إضرار بها . ولأن الطلاق للحاجة هو الطلاق فى زمان كمال الرغبة . وزمان الحيض زمان النفرة فلا يكون الإقدام عليه فيه دليل الحاجة إلى الطلاق ، فلا يكون الطلاق فيه سنة ، بل يكون سفها. ولهذا فالأفضل للرجل إذا طلق زوجته حالة الحيض أن يراجعها ، فقد أمر رسول ابن عمر لما طلق امرأته فى حالة الحيض أن يراجعها . ولأنه إذا راجعها أمكنه أن يطلقها للسنة فتبين منه بطلاق غير مكروه[1] ، ويكون

---

(١) فتح القدير جـ ٣ ص ٢١ وما بعدها وبدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ٩٤ .

الطلاق بدعيا أيضاً إذا طلق الرجل امرأته ذات الأقراء طلقة واحدة رجعية فى طهر جامعها فيه، حرة كانت أو أمة ؛ لاحتمال أنها حملت بذلك الجماع وعند ظهور الحمل يندم فتبين أنه طلقها لا لحاجة وفائدة فكان سفها . فلا يكون سنة ، ولأنه إذا جامعها فقد قلت رغبته إليها فلا يكون الطلاق فى ذلك الطهر طلاقا لحاجة على الإطلاق . فلم يكن سنة .

٢ — الطلاق البدعى بسبب العدد

قال الأحناف : من طلق امرأته الحرة ثلاثا ، أو الأمة اثنتين فى طهر واحد لاجماع فيه سواء أوقع هذا العدد جملة واحدة أم على التفاريق واحدا بعد واحد ما دام فى طهر واحد فهذا الطلاق بدعى أيضاً .

الادلة

استدل الحنفية بالكتاب والسنة والمعقول فقالوا :

الكتاب

١ — أما الكتاب فمنه قوله تعالى: « فطلقوهن لعدتهن » أى فى أطهار عدتهن وهو الثلاث فى ثلاثة أطهار .

وجه الاستدلال

أمر الله سبحانه وتعالى من أراد الطلاق أن يكون طلاقه فى أطهار عدة المطلقات. وقد فسر ذلك رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، وبذلك يكون النص آمرا بالتفريق ، والأمر بالتفريق يكون نهيا عن الجمع ثم إن كان الأمر أمر إيجاب كان نهيا عن هذه ، وهو الجمع نهى تحريم . وإن كان أمر ندب كان نهيا عن هذه وهو الجمع نهى ندب. وكل ذلك حجة على المخالف ، لأن الأول يدل على التحريم ، والآخر يدل على الكراهة .

٢ ـ وأيضا قوله تعالى : « الطلاق مرتان » أى دفعتان ألا ترى أن من أعطى آخر درهمين لم يجز أن يقال : إنه أعطاه مرتين حتى يعطيه دفعتين .

وجه الاستدلال :

الآية وإن كان ظاهرها الإخبار ، إلا أن معنى الخبر هنا الأمر ؛ لأن الحمل على ظاهره يؤدى إلى الخلف فى خبر من لايحتمل خبره الخلف . لأن الطلاق على سبيل الجمع قد يوجد ، فالمراد من الإخبار فى الآية هو الأمر، نظير الأخبار فى قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن » أى ليتربصن ، وقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن» أى ليرضعن فصار كأنه سبحانه وتعالى قال : طلقوهن مرتين إذا أردتم الطلاق . والأمر بالتفريق نهى عن الجمع ؛لأنه ضده، فيدل على كون الجمع حراماً أو مكروهاً كما سبق بيانه[١] .

السنة

وأما السنة فمنها قوله، صلى الله عليه وسلم : « تزوجوا ولا تطلقوا فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن » .

وجه الاستدلال

الحديث فيه نهى واضح من الرسول صلى الله عليه وسلم، عن الطلاق لا لعينه لأن الطلاق قد بقى معتبراً شرعاً فى حق الحكم بعد النهى ، ولم يبطل أثره . فعلم أن النهى ههنا غير حقيقياً ملازما للطلاق يصلح أن يكون منهيا عنه . فكان النهى عنه لا عن الطلاق. ولا يجوز أن يمنع من المشروع لمكان الحرام الملازم له، كما فى الطلاق فى حالة الحيض، والبيع وقت النداء، والصلاة فى الأرض المغصوبه ، وغير ذلك . وقد ذكر عن عمر ، رضى الله عنه، أنه كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثاً إلا أوجعه ضرباً ،وأجاز ذلك عليه ، وذلك بحضر من الصحابة رضى الله عنهم، فيكون إجماعاً .

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ٩٤ ، ٩٥

المعقول

وأما المعقول فمن وجوه .أحدها: أن النكاح عقدمصلحة لكونه وسيلة إلى مصالح الدين والدنيا،والطلاق إبطال له ، وإبطال المصلحة مفسدة، وقد قال تعالى: «والله لا يحب الفساد» وهذا معى الكراهةالشرعية عندنا أن الله تعالى لايحبه ولا يرضى به،إلا أن النكاح قديخرج منأن يكون مصلحة لعدم توافق الأخلاق وتباين الطبائع ، أو لفساد يرجع إلى نكاحها بأن علم الزوج أنالمصالح تفوته بنكاح هذه المرأة؛أو أن المقام معهاسبب فساد دينه ودنياه. فتنقلب المصلحة فى الطلاق ؛ ليستوفى مقاصد النكاح من امرأة أخرى . إلا أن احتمال أنه لم يتأمل حق التأمل ولم ينظر حق النظر فى العاقبة قائم فالشرع والعقل يدعوانه إلى النظر ، وذلك فى أن يطلقها طلقة واحدة رجعية ، حتى إذاكان التباين والفساد من جهة المرأة فيمكنها أن تتوب وتعود إلى الصلاح إذا ذاقتمرارة الفراق. وإن كانتلاتتوب، نظرفى حال نفسه أنه هل يمكنه الصبر عنها ، فإن علم أنه لايمكنهالصبر عنها يراجعها ، وإن علم أنه يمكنه الصبر عنها يطلقها فى الطهر الثانى ثانيا ويجرب نفسه ، ثم يطلقها . فيخرج نكاحها من أن يكون مصلحة ظاهرا وغالبا ؛ لأنه لايلحقه الندم غالبا . فأبيحت الطلقة الواحدة أو الثلاث فى ثلاثة أطهار على تقديرخروج نكاحها من أن يكون مصلحة ، وصيرورة المصلحة فى الطلاق . فإذا طلقها ثلاثا جملة واحدة فى حالة الغضب ، وليست حالة الغضب حالة التأمل لم يعرف خروج النكاح من أن يكون مصلحة فكان الطلاق إبطالا للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة .

والثانى — أن النكاح عقد مسنون بل هو واجب فى بعض الحالات فكان الطلاق قطعا للسنة وتفويتا للواجب فكان الأصل هو الحظر والكراهة إلا أنه رخص للتأديب أو للتخليص . والتأديب يحصل بالطلقة

الواحدة الرجعية ؛ لأن التباين أو الفساد إذا كان من قبلها ، فإذا ذاقت مرارة الفراق فالظاهر أنها تتأدب وتتوب وتعود إلى الموافقة والصلاح . والتخليص يحصل بالثلاث فى ثلاثة أطهار ، والثابت بالرخصة يكون ثابتا بطريق الضرورة . وحق الضرورة صار مقضيا بالطلاق مرة واحدة حسب البيان السابق ، فلا ضرورة إلى الجمع بين الثلاث فى طهر واحد ، فبقى الطلاق الثلاث مرة واحدة على أصل الحظر .

والثالث — أنه إذا طلقها ثلاثا فى طهر واحد فربما يلحقه الندم قال الله تعالى : « لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا » قيل فى التفسير أى ندامة على ما سبق من فعله ، أو رغبة فيها ، ولا يمكنه التدارك بالنكاح إذا ما أوقع الطلاق الثلاث دفعة واحدة فيقع فى السفاح فكان فى الجمع احتمال الوقوع فى الحرام ، وليس فى الامتناع ذلك ، والتحرز عن مثله واجب شرعا وعقلا ، بخلاف الطلقة الواحدة ، لأنها لا تمنع من التدارك بالرجعة ، وبخلاف الثلاث فى ثلاثة أطهار ؛ لأن ذلك لا يعقب الندم ظاهراً ؛ لأنه يجرب نفسه فى الأطهار الثلاثة فلا يلحقه الندم(١) .

الألفاظ التى يقع بها طلاق السنة

١ — قال الأحناف : الألفاظ التى يقع بها طلاق السنة نوعان : نص ودلالة .

أما النص فنحو أن يقول لزوجته التى دخل بها : أنت طالق للسنة . وقالوا ، توضيحا لهذا الأمر : إذا قال الرجل لامرأته التى دخل بها : أنت طالق للسنة ولا نية له ، فإن كانت من ذوات الأقراء وقعت تطليقة للحال ، إن كانت طاهرا من غير جماع ، وإن كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه ، لم تقع الساعة أى لم تقع على الفور ، فإذا حاضت وطهرت ، وقعت بها تطليقة واحدة ؛ لأن قوله أنت طالق للسنة إيقاع تطليقة بالسنة

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ح ٣ ص ٩٥ .

المعرفة باللام ، لأن اللام الأولى للاختصاص فيقتضى أن تكون التطليقة مختصة بالسنة . فإذا أدخل لام التعريف فى السنة ، فيقتضى استغراق السنة ، وهذا يوجب تمحضها سنة بحيث لا يشوبها معنى البدعة ، أو تنصرف إلى السنة المتعارفة فيما بين الناس ، والسنة المتعارفة المعهودة فى باب الطلاق، مالا يشوبها معنى البدعة ، وليس ذلك الا الطلاق الواقع فى طهر لاجماع فيه . وإن نوى وقوع ثلاث فثلاث ؛ لأن التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف نوعان ؛حسن ، وأحسن . فالأحسن أن يطلقها واحدة فى طهر لاجماع فيه . والحسن أن يطلقها ثلاثا فى ثلاثة أطهار . فإذا نوى الثلاثة فقد نوى أحد نوعى التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال: أنت طالق ثلاثا للسنة . لكنه لو نوى واحدة بائنة بقوله : أنت طالق للسنة لا تقع البينونة ؛ لأن لفظة الطلاق لاتدل على البينونة ، وكذا لفظ السنة . بل تمنع ثبوت البينونة ؛ لأن الإبانة ليست بمسنونة على ظاهر الرواية . ويستحيل أن يثبت باللفظ مايمنع ثبوته . وأن نوى الثنتين لم يكن ثنتين ؛ لأنه عدد محض . بخلاف الثلاث؛ لأنه فرد من حيث أنه كل جنس الطلاق[1] ولو أراد بقوله : طالق، واحدة، وبقوله للسنة أخرى لم يقع ؛ لأن قوله للسنة ليس من ألفاظ الطلاق بدليل أنه لو قال لامرأته: أنت للسنة ونوى الطلاق لايقع . ولو قال؛ أنت طالق ثنتين للسنة، أوثلاثا للسنة، وقع عند كل طهر تطليقة ، لأنها التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف . ولو قال أنت طالق ثلاثا للسنة ونوى الوقوع فى الحال صحت نيته ، ويقع الثلاث من ساعة تكلم عند الإمام وصاحبيه ، لأن الطلاق تصرف مشروع فى ذاته وإنما الحظر والحرمة فى غيره فكان كل طلاق فى أى وقت كان سنة ، فكان إيقاع الثلاث فى الحال إيقاعا على وجه السنة حقيقة ؛ لأن السنة عند الإطلاق تنصرف إلى مالا يشوبه معنى البدعة بملازمة الحرام

(١) بدائع الصنائع للكاسانى حـ ٣ ص ٩١

إياه للعرف والعادة . فإذا نوى الوقوع للحال فقد نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد على نفسه فتصح نيته . وقال الإمام وصاحباه : إن السنة نوعان؛ سنة إيقاع وسنة وقوع ، لأن وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة ، فإذا نوى الوقوع للحال فقد نوى أحد نوعى السنة ، فكانت نيته محتملة لما نوى فصحت . وقال زفر لاتصح نيته الثلاث وتتفرق على الأطهار ؛ لأنه نوى مالا يحتمله لفظه فتبطل نيته ؛ لأن عبارته أنت طالق ثلاثا للسنة إيقاع التطليقات الثلاث فى ثلاثة أطهار لأن هذا هو طلاق السنة فصار كقوله أنت طالق ثلاثا ، فى ثلاثة أطهار .

وقال الحنفية : لو أن رجلا قال لزوجته الصغيرة أو الآيسة: أنت طالق للسنة ولا نية له طلقت للحال واحدة وإن كان قد جامعها ، وكذا إذا كانت حاملا قد استبان حملها. ولو نوى الثلاث بقوله للآيسة والصغيرة :أنت طالق ثلاثا للسنة يقع للحال واحدة ، وبعد شهر أخرى، وبعد شهر أخرى. وكذا فى الحامل على قول أبى حنيفة وأبى يوسف؛لأن الحامل، عندهما، تطلق ثلاثا للسنة . وقال محمد : لايقع إلا واحدة ، فالحامل،عنده،لاتطلق للسنة إلا واحدة[١] .

٢ — الدلالة

وقال الأحناف : وأما الدلالة فنحو أن يقول أنت طالق طلاق العدة أو طلاق العدل أو طلاق الدين ، او طلاق الإسلام ، أو طلاق القرآن أو طلاق الكتاب . وقد ورد ما يدل على أن الطلاق فيما أشار إليه إنما هو الطلاق فى طهر لاجماع فيه . وهو الذى فسرته السنة — يقول القرآن فى ذلك : (فطلقوهن لعدتهن) أى مستقبلات لعدتهن ، والعدة بالأقراء أى الحيض فكأن الله أمر بالطلاق لمن أراده على أن يكون فى الطهر لتستقبل

(١) بدائع الصنائع للكاسانى حـ ٣ ص ٩٢ .

عدتها (الحيض) ويكون معنى الآية طلقوهن ثلاثا فى ثلاثة أطهار .
وطلاق العدل هو المائل عن الباطل إلى الحق وهو طلاق السنة وطلاق الدين والإسلام والقرآن والكتاب هو ما يقتضيه الدين والإسلام ، والقرآن، والكتاب وهو طلاق السنة ، وكذلك طلاق الحق ، وهو ما يقتضيه الدين إلى الحق وذلك طلاق السنة .

٢ - المالكية

عرف بعض المالكية الطلاق: بأنه حل العصمة المنعقدة بين الزوجين(١).

شرح التعريف

العصمة — المراد بها الوصف الاعتبارى الناشىء من العقد على الزوجة والمنعقدة — أى الثابتة بين الزوجين .

أى أن الطلاق حل وفك الوصف الاعتبارى الثابت بين الزوجين الناشىء من العقد على الزوجة .

وعرف صاحب الشرح الكبير الطلاق: بأنه إزالة عصمة الزوجية بصريح لفظ ، أو كناية ظاهرة، أو بلفظ ما مع نية(٢).

أركان الطلاق :

أركان الطلاق عند المالكية أربعة :

١ ، ٢ — الزوج والزوجة

٣ — القصد بمعنى أن يقصد المطلق اللفظ فى لفظ الطلاق الصريح ، أو فى الكناية الظاهرة ؛ وإن لم يقصد حل العصمة . أو قصد حل العصمة فى الكناية الخفية .

(١ و ٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٤٧ وحاشية العلامة الشيخ على الصعيدى جـ ٢ ص ٥٦ .

طلاق المخطىء :

وتفريعاً على ماتقدم قال المالكية : من سبق لسانه إلى الطلاق فنطق به لا يقع عليه طلاق ، سواء فى ذلك الفتوى أو القضاء ، بشرط أن يثبت أن لسانه سبق إلى لفظ الطلاق ، وأنه أراد أن يتكلم بغير الطلاق فالتوى لسانه فتكلم بالطلاق غير قاصد هذا اللفظ .

وقال المالكية : لو أن رجلا اسم زوجته طارق فأراد أن يناديها ياطارق فالتفت لسانه وقال : ياطالق ، وادعى أنه التفت لسانه فإنه يصدق فى الفتوى لا فى القضاء . فإن أسقط حرف النداء مع إبدال الراء لاما ، وأدعى التفات لسانه لم يقبل منه لحصول شيئين هما الحذف والإلتفات .

طلاق المكره :

الرأى الراجح فى المذهب كما يقول الإمام أبو الحسن[1] ، رضى الله عنه ، أن المكره على الطلاق لا يقع طلاقه كما هو ظاهر الروايات . ومقابل ذلك أنه يقع عليه الطلاق . وبعض المالكية ومنهم اللخمى قيد عدم وقوع طلاق المكره بألا يترك التورية مع العلم والاعتراف بأنه لم يدهش بالإكراه عنها وإلا وقع طلاقه وقال العلامة الشيخ على الصعيدى العدوى : والتقييد بما ذكر ضعيف . والمذهب أنه لايحنث ولو ترك التورية مع معرفتها[2] واستدل لعدم وقوع طلاق المكره ، بقول الرسول ، صلى الله عليه وسلم ، كما رواه مسلم : « لا طلاق فى إغلاق » أى لا طلاق واقع نتيجة إكراه .

مدى تحقق الإكراه المانع لوقوع الطلاق :

قال العلامة الشيخ على الصعيدى العدوى : الإكراه يكون بخوف مؤلم من قتل أو ضرب ، ولو قل ، أو سجن أو قيد ظاهره فيهما وإن قل ،

(١) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى جـ٢ ص ٥٦ .

أو صفع فى القفا لذى مروءة بملأ، أى بجمع، ولو غير أشراف ؛ فإن فعل به فى الخلاء فليس إكراهاً،لا فى ذوى المروءة .ولا فى غيره. أى إذا كان يسيراً وأما كثيره فإكراه ولو فى غير الخلاء

والمراد من الكثير: ما يحصل من التهديد به الخوف لذى المروءة وغيره فى الملأ والخلاء. واليسير ما يحصل بالتهديد به[1]. الخوف لذى المروءة فى الملأ:

التهديد بأمر يحدث فى المستقبل

يظهر من كلام فقهاء المالكية أنه لا يشترط فى الإكراه كون المخوف به يقع ناجزاً فلو قال له : إن لم تطلق زوجتك فعلت بك كذا وكذا بعد شهر ، وحصل الخوف بذلك كان إكراهاً .

الخطأ نتيجة الإكراه

وقال بعض المالكية : لو أن رجلا أكره على أن يطلق زوجته طلقة فطلقها ثلاثاً ، أو أكره على أن يعتق عبداً فأعتق أكثر ، أو أكره على أن يطلق زوجته فأعتق عبده، أو عكسه ، فالظاهر عدم لزوم شىء من ذلك ؛ لأن ما يصدر من المكره حالة الإكراه بمنزلة ما يصدر من المجنون[2] .

قال صاحب الشرح الكبير[3] :

واعلم أن الإكراه إما شرعى أو غيره .ومذهب المدونة الذى به الفتوى، أن الإكراه الشرعى طوع يقع به الطلاق جزماً خلافاً للمغيرة . كما لو حلف بالطلاق لا خرجت زوجته. فأخرجها قاض لتحلف عند المنبر، وكما لو حلف فى نصف عبد يملكه ، لا باعه . فأعتق شريكه نصفه فقوم عليه نصيب

---

(١) المصدر السابق والشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٧ (والمراد من التورية أن يأتى الحالف بلفظ فيه إيهام على السامع، له معنيان ، قريب وبعيد ويريد البعيد كقوله هى طالق ، ويريد من وثاق ، أو يريد وجعها بالطلاق ومعناه القريب إبانة العصمة .

(٢) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى ج٢ ص ٥٦ .

(٣) ج٢ ص ٣٦٧ .

الحالف وكمل به عتق الشريك ، أو حلف لااشتراه فأعتق الحالف نصيبه فقوم عليه نصيب شريكه لتكميل عتقه لزمه الطلاق على المذهب. والمصنف رحمه الله اختار مذهب المغيرة ورد (بلو) مذهب المدونة الراجح بقوله : « ولو بتقويم جزء العبد » الذى حلف لاباعه أو لاشتراه . وكان الصواب العكس[١] ، وأدخلت الكاف كل ما كان فيه الإكراه شرعياً[٢] . (أو فى فعل[٣]) داخل فى حيز المبالغة أى فلا يحنث كحلفه بطلاق لاأدخل دارا فأكره على دخولها ، أو حمل وأدخل مكرها . خلافا لابن حبيب القائل بالحنث فى الإكراه الفعلى وهو مقيد[٤] بما إذا كانت صيغة برّ كما مثلنا . فإن كانت صيغة حنث نحو إن لم أدخل الدار فهى طالق فأكره على عدم الدخول فإنه يحنث كما قدمه فى اليمين ، حيث قال : ووجبت به إن لم يكره ببر . ومقيد بما إذا لم يأمر الحالف غيره أن يكرهه ، وبما إذا لم يعلم أنه سيكره ، وبما إذا لم يقل فى يمينه لا أدخلها طوعا ولا كرها ، لايفعله بعد زوال الإكراه حيث كانت يمينه غير مقيدة بأجل .

وقال شمس الدين الشيخ محمد عرفه الدسوقى[٥] :

والحاصل : أنه إذا اكره على إيقاع الطلاق لم يلزمه اتفاقا . وإن اكره على فعل لم يتعلق به حق للغير فلا يلزمه الطلاق على المعتمد بالشروط

---

(١) أى بأن يقول لابتقويم جزء العبد .

(٢) كما إذا حلف لاينفق على زوجته أولا يطيع أبويه ، أولا يقضى فلانا دينه الذى عليه فإذا أكرهه القاضى على الانفاق عليها أو على طاعة أبويه ، أو على قضاء الدين لم يلزمه طلاق على رأى المصنف ويلزمه الطلاق على الراجح من المذهب .

(٣) قوله : (فى فعل) فى معنى على هذا إذا أكره على إيقاعه بل ولو أكره على فعل . والمراد بالفعل الفعل الذى لايتعلق به حق لمخلوق ؛ لأن هذه هى التى فيها خلاف ابن حبيب . واما التى فيها حق المخلوق فهى التى تقدمت وفيها خلاف المغيرة والمدونة .

(٤) أى وعدم الحنث مقيد بما إذا كانت صيغة بر كحلفه بطلاق الا يدخل دار فلان — أو كقوله ان دخلت دار محمد فأنت طالق :

(٥) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٦٧ .

الخمسة المذكورة فى الشارح[1] خلافا لابن حبيب القائل بلزوم الطلاق . وإن أكره على فعل تعلق به حق للغير : لزمه الطلاق على المذهب خلافا للمغيرة ...

وعلق صاحب الشرح الكبير، فى شرحه على ماذكره مولانا أبو الضياء خليل من أن الطلاق يلزم من أكره على التلفظ به وإيقاعه فترك، التورية مع معرفته بها، وعدم دهشته بالإكراه . فقال : « والمذهب عدم الحنث ولو عرفها وترك »[2] .

مدى اعتبار التهديد بإتلاف المال إكراها .

قال العلامة الدسوقى « واعلم أنه جرى فى التخويف بأخذ المال ثلاثة أقوال: قيل إكراه . وقيل ليس إكراها . وقيل إن كثر فإكراه، وإلا فلا. والأول لمالك . والثانى لأصبغ . والثالث لابن الماجشون. ثم إن المتأخرين اختلفوا فمنهم من جعل الثالث تفسيرا للأولين؛ وذلك كابن بشير ومن تبعه. وعلى هذا فالمذهب على قول واحد . ومنهم كابن الحاجب جعل الأقوال الثلاثة متقابلة إبقاء لها على ظاهرها .

التهديد بقتل غير الولد

ولو قال ظالم لشخص إن لم تطلق زوجتك قتلت فلانا صاحبك ، أو أخاك، أو عمك فطلق، فإنه يقع عليه الطلاق؛ لأن التخويف بقتل الأجنبى،

---

(١) يقصد العلامة الدسوقى بالشروط الخمسة المذكورة فى الشارح أى المذكورة فى الشرح الكبير وهى (١) أن تكون الصيغة صيغة بر (٢) ألا يأمر الحالف غيره أن يكرهه (٣) وألا يعلم أنه سيكره على الفعل (٤) وألا يقول الحالف فى يمينه لا أفعل هذا الشىء طوعا ولا كرها (٥) ألا يفعل الشىء المحلوف عليه بعد زوال الإكراه . حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ٣٦٧ .

(٢) الشرح الكبير لمولانا صاحب البركات سيدى أحمد الدرديرى ج٢ ص ٣٦٨ .

وهو غير الولد. لا يعد إكراها شرعا. وأما التهديد بقتل الابن فقيل إكراه كالولد وهو الظاهر ، وقيل كالأخ .

ولو قال ظالم لشخص: فلان عندك وتعلم مكانه ، ائتني به أقتله أو آخذ منه كذا ، أو إن لم تأتني به قتلت زيدا صاحبك أو أخاك . فقال : ليس عندى ولا أعلم مكانه . فأحلفه الظالم على ذلك بالطلاق والحال أن الحالف يعلم مكانه ، وقادر على الإتيان به لذلك الظالم، فإن الحالف لا يعذر بذلك ، ويحنث فى يمينه . ولكن لا إثم عليه فى الحلف بل أتى بمندوب فيثاب عليه. والظاهر أنه يحنث، ولو تحقق حصول ما ينزل بزيد هذا لو امتنع من الحلف وهو كذلك . . .

صيغة الطلاق

الركن الرابع من أركان الطلاق عند المالكية : الصيغة

انواعها

قال المالكية : تنقسم صيغة الطلاق إلى ما يأتى :

١ — لفظ صريح وهو ما فيه لفظ الطلاق ولا يحتاج إلى نية .

٢ — كناية ، وهى قسمان :

(ا) كناية ظاهرة — وسيأتى بيانها .

(ب) كناية خفية — أى محتملة للطلاق وغيره . نحو اذهبى وانصرفى؛ فتقبل فى هذا النوع من صيغ الطلاق دعوى الزوج نية الطلاق من عدمه. وفى عدده . فإذا قال اذهبى ، وانصرفى مثلا. وقال : لم أرد بذلك طلاقا فإنه يحلف على ذلك ولا شيء عليه . والظاهر أن محل الحلف إذا كان فى وقت غضب بحيث يقع الوهم أنه قصد الطلاق. وإن قال نويت بذلك الطلاق . فإنه يلزمه . فإن كانت له نية بطلقة أو أكثر عمل بها . وإن لم تكن له نية فى عدد لزمه الثلاث ، وهذا قول أصبغ. واعترضه ابن عرفة وأفتى بواحدة إلى أن مات . والظاهر رجعية فى المدخول بها ، بائنة فى غيرها ! وأما إذا

ادعى عـددا دون الثلاث ، فهل يحلف على هـذا الادعاء أو لا ؟ فى ذلك نظر[1].

الوصف الشرعى للطلاق

يرى المالكية أن الطلاق ، من حيث هو ، جائز . قد تعتريه الأحكام الأربعة، من حرمة ، وكراهة ، ووجوب ، وندب ، فالسنى[2] ما استوفى الشروط الآتية ولو حرم . وما لم يستوفها فبدعى ولو وجب، كمن لم يقدر على القيام بحقها من نفقة أو وطء ، وتضررت ولم ترض بالمقام معه ،

طلاق السنة

معناه : أى الطلاق الذى أذنت السنة فى فعله مشتملا على الشروط الآتية

شروطه : شروط الطلاق السنى أربعة ، هى :

١ — أن يوقع طلقة واحدة كاملة. فإن أوقع أكثر من واحدة، أو بعض طلقة ، لم يكن الطلاق طلاق السنة .

٢ ، ٣ — أن يوقع الطلاق وقت طهر للزوجة لم يمسها فيه .

٤ — ان لا يردف الطلقة بطلقة أخرى فى عدة رجعى .

٥ — وزاد صاحب الشرح الكبير شرطا آخر وهو أن يوقع الطلقة على جملة المرأة لا بعضها .

الطلاق البدعى

الطلاق البدعى : هو الطلاق الفاقد لشرط أو أكثر من الشروط الواجب

---

(١) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى ج ٢ ص ٥٦ ، ٥٧ .

(٢) الشرح الكبير لسيدى أحمد الدريرى ، على مختصر خليل ج ١ ص ٣٦١ .

توافرها فى الطلاق السنى كأن يطلق الرجل زوجته فى الحيض ، أو فى طهر جامعها فيه . أو يوقع عليها أكثر من طلقة أو يردف طلقة أخرى فى عدة رجعى أو يوقعها على جزء المرأة كيدك طالق .

والطلاق البدعى إما مكروه أو حرام .

من طلق المرأة فى حيضها يجبر على رجعتها

قال المالكية : إذا طلق الرجل زوجته المدخول بها وهى حائض طلاقا غير ثلاث وغير مكمل للثلاث لزمه الطلاق وأجبر على الرجعة ولو لم يتعمد الإيقاع فى الحيض ؛ كمن علق طلاقها على دخول دار فى غير زمن الحيض فدخلتها زمنه . وكذلك يجبر على رجعة من طلقها فى طهر قبل تمام حيضها وعاودها الدم ، وإن لم يحرم عليه طلاقها بأن ظن عدم عودة الدم. وهذا على الأرجح عند ابن يونس وهو المعتمد — وقيل لا يجبر على الرجعة واستحسن هذا الرأى الباجى وهو قول ضعيف. والجبر يستمر لآخر العدة إذا غفل عنه حين الطلاق فى الحيض إلى أن طهرت ثم حاضت ثم طهرت ثم حاضت فإنه يجبر على رجعتها مابقى شىء من العدة — وقال أشهب يجبر ما لم تطهر من الحيضة الثانية لأنه عليه الصلاة والسلام أباح فى هذه الحالة طلاقها ، فلم يكن للاجبار معنى . والرأى الأول هو المذهب[1] .

طريقة الجبر

والإجبار أن يأمره الحاكم أولا بارتجاعها ؛ لأن الارتجاع فى هذه الحالة حق لله تعالى . فإن امتثل انتهى الأمر ، وإن أبى هدد بالسجن ، فإن أبى بعد التهديد به سُجِنَ بالفعل ثم إن أبى من الإرتجاع هدد بالضرب . فإن أبى ضرب بالفعل . ويكون ذلك كله بمجلس واحد ، لأنه معصية ، فإن ارتجع فالأمر ظاهر ، وإلا ارتجع الحاكم ، بأن يقول : ارتجعت لك زوجتك.

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦١ ، ٣٦٣ .

وجاز الوطء بارتجاع الحاكم ولو لم ينوها الزوج ؛ لأن نية الحاكم قائمة مقام نيته ، وجاز به التوارث[1] .

طلاق غير المدخول بها والحامل

يرى المالكية أن علة المنع من تطليق المدخول بها أثناء حيضها وهى المنع من تطويل العدة عليها غير موجودة هذه العلة فى غير المدخول بها فيجوز تطليقها فى أى وقت فى الحيض أو فى الطهر لأنه لاعدة عليها — والحامل لاتطويل عليها إذا طلقت فى أى وقت ؛ لأن عدتها بوضع الحمل[2].

٣ — الشافعية

تعريف الطلاق

عرف بعض الشافعية الطلاق شرعاً بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه

وعرفه أبوزكريا يحي بن شرف النووى فى تهذيبه بأنه : تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح[3]

الدليل على مشروعيته

الدليل على مشروعية الطلاق: الكتاب ، والسنة ، والإجماع .

الكتاب :

أما الكتاب فمنه قوله تعالى: «الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » أى عدد الطلاق الذى تملك الرجعة بعده مرتان فلا ينافى أنه ثلاث وقد سئل صلى الله عليه وسلم أين الثالثة؟ فقال: أو تسريح بإحسان. ولذلك قال تعالى : بعد ذلك « فإن طلقها » أى الثالثة « فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره[4].

(١، ٢) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ح ٢ ص ٣٦٢ ، ٣٦٣

(٣) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج٣ ص ٢٧٩

(٤) حاشية الباجورى ج ٢ ص ٢٣٤ .

وقوله تعالى : « يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » .

السنة

ومن السنة ماروى عن النبي، صلى الله عليه وسلم، « ليس شيء من الحلال أبغض إلى الله من الطلاق » . والمراد بالحلال فى هذا الحديث الشريف : المكروه فإنه حلال بمعنى جائز مبغوض لله ، لأنه نهى عنه نهى تنزيه .

ومنها أيضاً — ما روى عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم ، أنه قال : « أتانى جبريل فقال لى راجع حفصة فانها صوامة قوامة ، وإنها زوجتك فى الجنة » .

الإجماع

أجمع المسلمون من لدن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، إلى يومنا هذا على مشروعية الطلاق .

أركانه

أركان الطلاق خمسة: صيغة. ومحل ، وولاية عليه، وقصد ، ومطلق(١) .

١ — الصيغة

الطلاق إما صريح أو كناية:

فالصريح مالا يحتمل ظاهره غير الطلاق . ولذلك لايحتاج إلى نيـــة . فلو قال الزوج بعد أن تلفظ بصريح الطلاق لم أرد الطلاق لم يقبل .

والكناية : مايحتمل غير الطلاق ، ولذلك يحتاج إلى نيـــة(٢) .

الوصف الشرعى للطلاق

جاء فى الإقناع وقسم جماعة الطلاق إلى الأحكام الخمسة. واجب كطلاق(٣)

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج

(٢) حاشية الباجورى ج ٢ ص ٢٣٤ .

(٣) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للعلامة الشيخ محمد الخطيب الشربينى ج ٢ ص ١٧٠

الحكم فى الشقاق ، ومندوب كطلاق زوجة حالها غير مستقيم؛ كأن تكون غير عفيفة . وحرام ; كالطلاق البدعى، وكما سيأتى — ومكروه ، كطلاق مستقيمة الحال. وعليه حمل أبغض الحلال إلى الله تعالى الطلاق . وأشار الإمام إلى المباح بطلاق من لا يهواها الزوج ، ولا تسمح نفسه بمؤنتها من غير استمتاع بها

الحنابلة

تعريف الطلاق :

عرف الحنابلة الطلاق بأنه حل قيد النكاح .

دليل مشروعيته :

استدل الحنابلة على مشروعية النكاح بما لا يخرج عما استدل به الشافعية فقالوا : والأصل فى مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع .

الكتاب :

أما الكتاب فقول الله تعالى : (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)(١) .

وقوله تعالى : (يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن)(٢) .

وجه الاستدلال :

فى الآية الأولى بين الله سبحانه وتعالى أنه يجوز أن يأتى الزوج بالطلاق وهذا دليل على أنه مشروع، وعلى أن الزوج له تكرار فعله . أما الآية الثانية فقد نصت على جواز الطلاق وإباحته وأبانت أنه ينبغى إذا دعت الضرورة

(١) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة

(٢) الآية رقم ١ من سورة الطلاق

لإيقاعه أن يكون فى طهر لم يمسها فيه لتستقبل بعده عدتها حسب ما بينته السنة النبوية وفصلته .

السنـــة

وأما السنة فمنها ما روى ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض فسأل عمر رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، عن ذلك فقال له رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ، وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التى امر الله أن يطلق لها النساء » .

وجه الاستدلال

الحديث واضح منه مشروعية الطلاق من وجوه منها : ابن عمر رضى الله عنهما طلق زوجته ولم ينكر عليه رسول الله إيقاعه الطلاق ، بل أنكر عليه إيقاعه الطلاق فى الحالة التى كانت عليها زوجته وقت أن أوقع عليها الطلاق . والسبب فى الإنكار ظاهر ، فإن فى طلاق المرأة وهى حائض إلحاق ضرر بها ، ومنه إطالة عدتها . فلو كان إيقاع الطلاق غير مشروع لأنكر الرسول ، صلى الله عليه وسلم على ابن عمر إيقاعه مطلقا لا إيقاعه زمن حيض زوجته .

كما أباح الرسول لابن عمر — بعد أن يراجع امراته — ويتركها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، أن يطلقها بعد ذلك إن شاء قبل أن يمسها ؛ فلو كان إيقاع الطلاق غير مشروع ، ما أباحه رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، لابن عمر . فالرسول — صلوات الله عليه وسلامه لا يبيح محظورا[1] .

الإجماع

قال الحنابلة : وقد أجمع الناس على جواز الطلاق ، والعبرة دالة على

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٣٣ ، ٢٣٤ والشرح الكبير على هامشه ذات الجزء والصفحة .

جوازه، فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين، فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة، وضرراً مجرداً بإلزام الزوج النفقة والسكنى، وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة. فاقتضى ذلك شرع مايزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه[١].

الوصف الشرعى للطلاق

قال الحنابلة: الطلاق على خمسة أضرب:

١ — واجب: وهو طلاق المولى بعد التربص إذا أبى الفيئة، وطلاق الحكمين فى الشقاق إذا رأيا ذلك.

٢ — مكروه: وهو الطلاق من غير حاجة إليه. وقال القاضى: فيه روايتان (إحداهما) أنه محرم لأنه ضرر بنفسه، وزوجته، وإعدام للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه فكان حراما كإتلاف المال.

ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لاضرر ولا ضرار».

(والثانية) أنه مباح لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» وفى لفظ «ما أحل الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق» رواه أبو داود. وإنما يكون مبغوضا من غير حاجة إليه وقد سماه النبي، صلى الله عليه وسلم، حلالا؛ ولأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليها فيكون مكروها.

٣ — مباح: وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها، والتضرر بها من غير حصول الغرض بها.

٤ — مندوب إليه: وهو عند تفريط المرأة فى حقوق الله الواجبة

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ ٨ ص ٢٣٣، ٢٣٤. والشرح الكبير على هامشه ذات الجزء والصفحة.

عليها مثل الصلاة ونحوها ، ولا يمكنه إجبارها عليها ، أو تكون له امرأة غير عفيفة . قال أحمد : لاينبغى له إمساكها وذلك لأن فيه نقصا لدينه ، ولا يأمن إفسادها لفراشه وإلحاقها به ولداً ليس هو منه . ولا بأس بعضلها فى هذه الحال ، والتضييق عليها لتفتدى منه . قال الله تعالى : (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة ، ويحتمل أن الطلاق فى هذين الموضعين واجب . ومن المندوب إليه الطلاق فى حال الشقاق ، وفى الحال التى تخرج المرأة إلى المخالعة لتزيل عنها الضرر .

٥ — محظور : وهو الطلاق فى الحيض ، أو فى طهر جامعها فيه . أجمع العلماء فى جميع الأمصار ، وكل الأعصار على تحريمه . ويسمى طلاق البدعة ؛ لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله تعالى ورسوله . قال الله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » : وقال النبى صلى الله عليه وسلم : « إن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » . وفى لفظ رواه الدارقطنى بإسناده عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهى حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين أخريين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله، صلى الله عليه وسلم فقال : « يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله ، إنك أخطأت السنة، والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء » . ولأنه إذا طلق فى الحيض طول العدة عليها ؛ فإن الحيضة التى طلق فيها لاتحسب من عدتها ، ولا الطهر الذى بعدها عند من يجعل الأقراء الحيض ، وإذا طلق فى طهر أصابها فيه لم يأمن أن تكون حاملا فيندم . وتكون مرتابة لاتدرى أتعتد بالحمل أو بالإقراء .

تقسيم آخر

وقسم فقهاء الحنابلة الطلاق من حيث العدد ، والزمن إلى طلاق السنة ، وطلاق البدعة [illegible] اللفظ إلى صريح ، وكناية .

أركان الطلاق

لم أجد لفقهاء الحنابلة عنوانا ضمنوه أركان الطلاق صراحة . لكنهم قالوا : ويصح الطلاق من زوج عاقل مختار ، ولو مميزاً بعقله ، ولو دون عشر ، يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه(١). ثم تكلموا فى بيان صيغة الطلاق، وقسموا الطلاق إلى صريح ، وكناية . كما قالوا : إن الصيغة يصح أن تكون بغير لفظ، فأجازوا طلاق الأخرس الذى تفهم إشارته — وقالوا : تعتبر إرادة لفظ الطلاق لمعناه ، فلا طلاق لفقيه يكرره ، وحاك عن نفسه أو غيره ، ولا من زال عقله لسبب يعذر فيه كالمجنون والنائم والمغمى عليه، ولا لمن أكره على شرب مسكر ، أو شرب ما يزيل عقله، ولم يعلم أنه يزيل العقل ، أو أكل بنجا ونحوه ولو لغير حاجة(٢) .وقالوا : إن جزء الطلقة : كالطلقة فإذا قال أنت طالق نصف طلقة طلقت طلقة(٣) .

وقالوا فيما لو قال، رجل لامرأته : أنت طالق فى كل سنة طلقة إنها تطلق الطلقة الأولى فى الحال، والثانية فى أول المحرم، وكذا الثالثة إن بقيت الزوجة فى عصمته ، وإن بانت حتى مضت السنة الثالثة ثم تزوجها لم يقع. ولو نكحها فى الثانية أو الثالثة وقعت الطلقة عقبه(٤) .

ومفاد هذا أنهم يرون أن كل هذه الأمور من أركان الطلاق بمعنى أنه يتوقف عليها . أى أنهم يرون الصيغة والمطلق والزوجة من أركان الطلاق .

---

(١) متن الإقناع لشيخ الإسلام شرف الدين موسى الحجاوى المقدسى ج ٤ ص ٣

(٢،٣) المصدر السابق ص ٣ ، ١٧ .

(٤) المصدر السابق ص ٢٨ .

الشيعة الإمامية :

معنى الطلاق

عرف الشيعة الإمامية الطلاق بأنه : إزالة قيد النكاح بغير عوض بصيغة طالق . وقالوا : إن أركانه أربعة . الصيغة ، والمطلق ، والمطلقة ، والإشهاد على الصيغة .

صيغة الطلاق

صيغة الطلاق المعتبرة هي اللفظ الصريح أو ما يقوم مقامه من إشارة الأخرس .

ألفاظ الصريح

يرى الشيعة الإمامية أن صريح الطلاق لا يتحقق إلا إذا تلفظ المطلق وقال أنت طالق ، أو زوجتي فلانة طالق وقالوا : إنه لا يكفي أنت طلاق في وقوع الطلاق ، ولا يكفي أنت مطلقة ، ولا طلقت فلانة على قول مشهور ؛ لأنه ليس بصريح ، فلا بد من ذكر اسم الزوجة أو ما يفيد التعيين . وقالوا في التعليل لعدم وقوع الطلاق بقول الزوج أنت مطلقة ، وأنت طلاق . إن هذا إخبار ، ونقله إلى إنشاء الطلاق على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على موضع الوفاق وهو صيغ العقود ، فاطراده في الطلاق قياس والنص دل فيه على طالق ، ولم يدل على غيره فيقتصر عليه[1] .

لا يقع الطلاق بالكنايات

نص الشيعة الإمامية على أن الزوج لو قال لزوجته أنت سراح ، أو سرحتك ، أو فارقتك ، لا يقع بهذا القول الطلاق ؛ وإن عبر القرآن بهذين اللفظين عن الطلاق بقوله «أو تسريح بإحسان» ؛ لأنهما ، عند الإطلاق لا يطلقان عليه ،

(١) الروضة البهية [illegible] اللمعة الدمشقية للجبعي العاملي جـ ٢ [illegible] ٢٤٧ .

فكانا كناية عنه لاصراحة فيهما، والتعبير بهما لا يدل على جواز إيقاعه بهما.
وتفريعاً على قاعدتهم السابقة وهى أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ صريح فيه، وهو لفظ طالق، بأن يقول المطلق للزوجة: أنت طالق، أو زوجتى فلانة طالق. أما كنايات الطلاق فلا يقع بها الطلاق لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعاً ما يزيله. وقالوا بعدم وقوع الطلاق؛ بقول المطلق: أنت خلية أو برية، أو بتة، أو بتلة، أوحرام، أو بائن، أو اعتدى وإن قصد الطلاق.

طلاق الأخرس

طلاق الأخرس بالإشارة المفهمة له، وإلقاء القناع على رأسها؛ ليكون قرينة على وجوب تسترها منه. والرأى الشائع، عند فقهاء الإمامية، أن طلاق الأخرس إنما هو بإشارته المفهمة لإرادته إنشاء الطلاق وإلقاء القناع على رأسها هو من جملة الإشارات[1].

الطلاق لا يقع بالكتابة

قال الإمامية: لا يقع الطلاق بالكتب بفتح الكاف مصدر كتب كالكتابة من دون تلفظ ممن يحسن التلفظ، سواء كان الكاتب حاضراً أو غائباً على أشهر القولين، لأصالة بقاء النكاح، ولحسنة محمد بن مسلم عن الباقر (ع): «إنما الطلاق أن يقول: أنت طالق» الخبر وحسنة زرارة عنه (ع) فى رجل كتب بطلاق إمرأته قال «ليس ذلك بطلاق» — وفى المذهب رأى يفيد أن الطلاق يقع بالكتابة للغائب دون الحاضر لصحيحة أبى حمزة الثمالى عن الصادق (ع) «فى الغائب لا يكون طلاق حتى ينطق به لسانه، أو يخطه بيده، وهو يريد الطلاق» وحمل على حالة الاضطرار جميعاً، ثم على تقدير وقوعه للضرورة أو مطلقاً غير مقيد بالضرورة بالنسبة للغائب فقط. واشترط من يقول بوقوع الطلاق بالكتابة للغائب أن يراه الشاهدان، وهو يكتب؛ لأن ذلك بمثابة النطق بالطلاق، فلا يتم إلا بالشاهدين. وكذا يعتبر رؤيتهما إشارة العاجز عن النطق[2].

(١ و ٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ٢ ص ١٤٧ ، ١٤٨

لو اختارت المرأة نفسها لا يقع الطلاق

كذلك يرى الإمامية، على الرأى الراجح عندهم، أن الزوج لو خير زوجته بين الطلاق والبقاء، بقصد الطلاق، فاختارت نفسها فى الحال لا يقع الطلاق. وهناك رأى آخر فى المذهب بوقوع الطلاق[1]. وبه قال ابن الجنيد.

أدلة الرأى الأول

استدل من قال بعدم الطلاق لو اختارت المرأة الطلاق بقول الصادق (ع) «ما للناس والخيار إنما هذا شىء خص الله به رسوله، صلى الله عليه وسلم».

ما استدل به ابن الجنيد

استدل ابن الجنيد على وقوع الطلاق باختيار المرأة نفسها إذا خيرها فى ذلك زوجها بصحيحة حمراز عن الباقر عليه السلام: «المخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق». ورد هذا الدليل بأن ذلك محمول على تخيرها بسبب غير الطلاق كتدليس وعيب جمعا بين الدليلين.

٣ — الشافعية

الطلاق السنى والبدعى:

فى مذهب الشافعية اصطلاحان: أحدهما وهو أضبط: أن الطلاق ينقسم إلى قسمين: سنى وبدعى. وجرى على هذا الاصطلاح صاحب المنهاج[2]. فقال: الطلاق سنى وبدعى. وثانيهما، وهو أشهر يقسم الطلاق إلى سنى،

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ٢ ص ١٤٧، ١٤٨

(٢) صاحب المنهاج الفقيه العلامة ابو زكريا يحيى بن شرف النووى من أعلام فقهاء الشافعية فى القرن السابع الهجرى.

وبدعى ، ولا ولا ، فإن طلاق الصغيرة والآيسة والمختلعة والتى استبان حملها منه ، وغير المدخول بها، لا سنة فيه ولا بدعة .

وعرف الشافعية الطلاق السنى : بأنه طلاق مدخول بها فى طهر لم يجامعها فيه ، ولا فى حيض قبله ، وليست بحامل ولا صغيرة ولا آيسة ، وهى تعتد بالأقراء .

وأما الطلاق البدعى فضربان : طلاق من شخص فى حيض موطوءة ولو فى الدبر ، ومثلها من استدخلت ماءه المحترم ولو فى عدة من رجعى ، وهى تعتد بالأقراء[1] . وهذا النوع من الطلاق حرام لمخالفته لقوله تعالى: « فطلقوهن لعدتهن » أى فى الوقت الذى يشرعن فيه فى العدة ، وزمن الحيض لا يحسب من العدة ، والمعنى فيه تضررها بطول العدة ، فإن بقية الحيض لا تحسب منها ، والنفاس كالحيض لشمول المعنى المحرم له .

قال صاحب المغنى : لو أن الرجل ابتدأ طلاق زوجته فى حال حيضها ولم يكمله حتى طهرت فالأوجه أن هذا الطلاق ليس بدعيا . ولو حاضت الحامل فلا يحرم طلاقها — وطلاق المتحيرة ليس بسنى ولا بدعى.

ولو علق الرجل طلاق زوجته وهى حائض على شرط كأن يعلقه بدخول دار مثلا فليس ببدعى ، لكن ينظر .

وقال صاحب المنهاج : لو أن المرأة سألت زوجها طلاقها فى حيضها فطلقها فيه لم يحرم لرضاها بتطويل العدة . وعلق على ذلك صاحب «مغنى المحتاج» قائلا : والأصح التحريم لإ طلاق قوله تعالى: « فطلقوهن لعدتهن»، ولأنه، صلى الله عليه وسلم، لما أنكر الطلاق فى الحيض لم يفصل ، ولو علق الطلاق باختيارها فأتت به فى حال الحيض مختارة[2] .

---

(١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٣٠٧ .

(٢) المصدر السابق . والاقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع للشيخ محمد الشربينى الخطيب ج ٢ ص ١٦٨ ، ١٦٩ .

والضرب الثانى، للبدعى: طلاق فى طهر وطىء فيه فى قبل، وكذا فى دبر على الأصح، من قد تحبل لعدم صغرها ويأسها، ولم يظهر حمل منها؛ لأنه قد يندم لو ظهر حمل، فإن الإنسان قد يطلق الحائل دون الحامل، وعند الندم قد لا تمكنه التدارك فيتضرر الولد. وقال بعض فقهاء الشافعية: إن استدخال ماء الرجل المحترم هو بمثابة الوطء.

وهناك ضرب ثالث للبدعى مذكور فى الروضة، وهو فى حق من له زوجتان، وقسم لإحداهما، ثم طلق الأخرى قبل المبيت عندها. ولو نكح حاملا من زنى ثم دخل بها، ثم طلقها، نظر، إن لم تحض فبدعى؛ لأنها لا تشرع فى العدة إلا بعد الوضع والنفاس، وإلا فإن طلقها فى الطهر، فسنى، أو فى الحيض، فبدعى.

وقال صاحب المنهاج: لو وطىء الرجل حائضاً وطهرت فطلقها فبدعى فى الأصح لاكتمال علوقها بذلك. وهناك رأى آخر يقول: إن الطلاق، فى هذه الحالة، ليس ببدعى، لأن بقية الحيض تشعر بالبراءة.

لا تجب الرجعة على من طلق بدعيا.

قال الشافعية: من طلق طلاقا بدعياً ولم يستوف عدد الطلاق سن له الرجعة ما لم يدخل الطهر، ثم بعد الرجعة إن شاء طلق بعد تمام طهر؛ لخبر الصحيحين «إن ابن عمر، رضى الله عنهما طلق، زوجته وهى حائض فذكر ذلك عمر للنبى، صلى الله عليه وسلم، فقال: مره فليراجعها، ثم ليطلقها طاهراً»، أى: قبل أن يلمسها إن أراد. صرح بذلك فى بعض رواياتهما.

ولم يقل الشافعية بوجوب الرجعة كما قال المالكية؛ لأن النبى، صلى الله عليه وسلم، لم يأمره، وإنما أمر أباه أن يأمره؛ والأمر بالأمر بالشىء ليس أمرا بذلك الشىء، لقوله صلى الله عل[illegible] بالصلاة لسبع سنين» كذا قالوه:

فإن قيل قوله : « فليراجعها» أمر منه ، صلى الله عليه وسلم، أجيب بأن المراد فليراجعها لأجل أمرك ، فيكون الوجوب لأجل الوالد .

ترك الرجعة ليس بمكروه:

قال بعض الشافعية : لو أن المطلق طلاقا بدعياً ترك الرجعة لا يكره له ذلك. قال فى الروضة : إنه ينبغى كراهة ذلك ؛ للحديث الآمر بالرجعة ، ولدفع الإيذاء — ورد هذا القول بأن الحديث لا نهى فيه .

٤ — الحنابلة

طلاق السنة عند الحنابلة

قال الحنابلة : طلاق السنة هو : أن يطلقها من غير جماع واحدة ، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها . قال أحمد : طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض. وقال الحنابلة : لو طلقها ثلاثاً فى ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث فى طهر واحد[1] .

الدليل

استدل الحنابلة بما روى عن على رضى الله عنه أنه قال : لا يطلق أحد للسنة فيندم . وعدم الندم لا يحصل إلا فى حق من لم يطلق ثلاثاً .

كما قال ابن سيرين : إن علياً ، كرم الله وجهه، قال : لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ، ما يتبع رجل نفسه امرأة أبداً ؛ يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثاً ، فمتى شاء راجعها. كذلك استدل الحنابلة بما رواه ابن عبد البر بإسناده عن ابن مسعود أنه قال: طلاق السنة: أن يطلقها وهى طاهر، ثم يدعها حتى تنقضى عدتها ويراجعها إن شاء .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٣٦ ، ٢٣٧ .

مناقشه الحنابلة لأدلة الحنفية

قال الحنابلة : إن الأحناف قد استدلوا على أن طلاق السنة هو أن يطلقها ثلاثاً ، فى كل قرء طلقة، بحديث ابن عمر، حين قال له النبي، صلى الله عليه وسلم: (راجعها ، ثم أمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر). وقالوا: إن الرسول، صلى الله عليه وسلم، امره بإمساكها فى هذا الطهر، لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل، فإذا مضى ومضت الحيضة التى بعده أمره بطلاقها . كما استدلوا بالحديث المروى عن ابن عمر : « والسنة أن يستقبل الطهر فيطلق لكل قرء » . وبما روى النسائى بإسناده عن عبد الله؛ قال : « طلاق السنة أن يطلقها تطليقة وهى طاهر فى غير جماع فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، ثم تعتد بعد ذلك بحيضة » .

وقال الحنابلة: إن حديث ابن عمر الأول لا حجة للحنفية فيه؛ لأنه ليس فيه جمع الثلاث ، وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها كان للسنة على كل حال حتى قد قال أبو حنيفة: لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى بين الثلاث كان مصيباً للسنة ؛ لأنه لا يكون مرتجعا لها . والمعنى فيه أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الأولى فصارت كأنها لم توجد، ولا غنى به عن الطلقة الأخرى إذا احتاج إلى فراق امرأته بخلاف ما إذا لم يرتجعها فإنه مستغن عنها لإفضائها إلى مقصوده من إبانتها فافترقا ولأن ما ذكروه إرداف طلاق من غير ارتجاع، فلم يكن للسنة كجمع الثلاث فى طهر واحد . وتحريم المرأة لا يزول إلا بزواج وإصابة من غير حاجة فلم يكن للسنة كجمع الثلاث[1] .

---

(١) المغنى لابن قد ... ٢٣٧ .

الطلاق البدعى

قال الحنابلة: الطلاق البدعى: هو أن يطلق الرجل زوجته وهى حائض و فى طهر أصابها فيه .

حكم الطلاق البدعى

يقع الطلاق البدعى ويوجب الإثم . واستدل الحنابلة لذلك بحديث ابن عمر : أنه طلق امرأته وهى حائض فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فالأمر بالرجعة دليل على أن طلاق ابن عمر لزوجته الحائض قد وقع وإلا ما كان هناك داع لأن يأمره الرسول، صلى الله عليه وسلم، بمراجعتها . وفى رواية الدار قطنى قال : فقلت يا رسول الله أفرأيت لو أنى طلقتها ثلاثاً أكان يحل لى أن أراجعها ؟ قال: «لا ، كانت تبين منك، وتكون معصية» وقال نافع. وكان عبدالله بن عمر طلقها تطليقة فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره الرسول، صلى الله عليه وسلم. كما يوضح ويؤكد وقوع الطلاق الذى يوقعه الرجل على امرأته الحائض رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال : قلت لابن عمر : أفتعتد عليه أو تحتسب عليه ؟ قال : نعم ، أرأيت إن عجز واستحق؟ .وكل ما تقدم أحاديث صحاح .

وقال الحنابلة : إن الطلاق الواقع على المرأة الحائض طلاق من مكلف فى محل الطلاق فلابد من الحكم بوقوعه. وإنتاج أثره كالطلاق الذى يوقعه الرجل على زوجته الحامل. وهو عمل ليس بقربة حتى يعتبر لوقوعه موافقة السنة، بل هو إزالة عصمة وقطع ملك ؛ فإيقاعه فى زمن البدعة أولى تغليظاً عليه، وعقوبة له . أما غير الزوج فلا يملك الطلاق . والزوج يملكه بملكه محله .

رجعة المطلقة طلاقا بدعيا مستحبة

خالف الحنابلة المالكية فلم يقولوا بوجوب رجعة المطلقة طلاقا بدعيا. وقالوا باستحباب رجعتها، وهذا هو ظاهر المذهب واستدلوا لذلك بأمر النبي

صلى الله عليه وسلم لابن عمر بمراجعته زوجته التى طلقها وهى حائض . وأقل أحوال الأمر الاستحباب ، ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذى حرم الطلاق .

رواية أخرى

وحكى ابن أبى موسى عن أحمد رواية أخرى تقول : إن الرجعة تجب وأختارها ؛ لظاهر الأمر فى الوجوب ، ولأن الرجعة تجرى مجرى استبقاء النكاح ، واستبقاؤه ، ههنا ، واجب بدليل تحريم الطلاق ؛ ولأن الرجعة إمساك للزوجة بدليل قوله تعالى : « فأمسكوهن بمعروف » فوجب ذلك كإمساكها قبل الطلاق .

مناقشة أدلة هذه الرواية

قال صاحب المغنى يناقش ماسيق تدليلا على وجوب الرجعة فى الطلاق البدعى فقال : ولنا أنه طلاق لايرتفع بالرجعة ، فلم تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق فقال فى طهر مسها فيه فإنهم أجمعوا على أن الرجعة لاتجب . حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء . وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة . وأما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستحباب[1] .

الظاهرية

قال ابن حزم : طلاق السنة هو أن يطلق الرجل امرأته فى طهر لم يطأها فيه وهو طلاق لازم كيفما أوقعه إن شاء طلقة واحدة ، وإن شاء طلقتين مجموعتين ، وإن شاء ثلاثا مجموعة ... فإن كانت حاملا منه أومن غيره ، فله أن يطلقها حاملا وهو لازم ولو إثر وطئه إياها . فإن كان لم يطأها قط

(١) المغنى لابن قدا[illegible] ٦٧٣ .

فله أن يطلقها فى حال طهرها ، وفى حال حيضها إن شاء واحدة ، وإن شاء اثنتين ، وإن شاء ثلاثا . فإن كانت لم تحض قط أو قد انقطع حيضها طلقها أيضاً كما قلنا فى الحال[1] .

الطلاق البدعى

والطلاق البدعى عند الظاهرية كما يوضحه كلام ابن حزم[2] هو طلاق الرجل امرأته أثناء حيضها ، أو فى أثناء طهرها الذى وطئها فيه .

مدى نفاذ الطلاق البدعى

قال ابن حزم : من أراد طلاق امرأة له قد وطئها لم يحل له أن يطلقها فى حيضتها ، ولا فى طهر وطئها فيه . فإن طلقها طلقة ، أو طلقتين فى طهر وطئها فيه أو فى حيضتها لم ينفذ ذلك الطلاق وهى امرأته كما كانت إلا أن يطلقها كذلك ثالثة أو ثلاثة مجموعة فيلزم .

الأدلة

قال ابن حزم

غير المدخول بها يجوز أن يطلقها زوجها فى أى وقت وبالعدد الذى الذى يريده واحدة أو اثنين أو ثلاثا . لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا انكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها[3] .

---

(١) المحلى لابن حزم حـ ١٠ ص ١٦١ مسألة رقم ١٩٤٩

(٢) المصدر السابق .

(٣) الآية رقم ١٩ من سورة الأحزاب

وجه الاستدلال

قد أباح الله عز وجل فى الآية المذكورة طلاق التى تمس بالوطء ولم يحدد فى طلاقها وقتا، ولا عددا، فوجب أن يعلم من ذلك أن هذا حكمها. وإن دخل بها وطال مكثها معه، ولو أشفرها[١] فحملت من ذلك؛ لأنه لم يمسها، ولا تكون بذلك محصنة، لأن الله تعالى لم يستثن شيئاً من ذلك (وما كان ربك نسيا).

قال ابن حزم: فإن قيل: فمن أين حكمتم بذلك فى الكتابيات إذا طلقهن المؤمنون وأنتم تبطلون القياس؟ قلنا لقوله تعالى: (وأن احكم بينهم بما أنزل الله)[٢] وبقوله تعالى: (وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله)[٣] وأخص من هذا كله بجواب هذا السؤال قوله تعالى: (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن، أو تفرضوا لهن فريضة)[٤] فقد عمم عز وجل جميع النساء، ولم يخص مؤمنة من كافرة. فهذا قوله عز وجل فى غير الموطوءة.

طلاق الموطوءة

قال ابن حزم: أما فى الموطوءة فقول الله عز وجل: (يأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة، واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، وتلك حدود الله، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه، لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً)[٥]،

(١) أشفرها أى جامعها بين شفريها.
(٢) الآية رقم ٤٩ من سورة المائدة
(٣) الآية رقم ٣٩ من سورة الأنفال
(٤) الآية رقم ٢٣٦ من سورة البقرة
(٥) الآية رقم ١ من سورة الطلاق

والعدة لاتكون من الطلاق إلا فى موطوءة ، فعلمنا الله عز وجل كيف يكون طلاق الموطوءة وأخبرنا أن تلك حدود الله، وأن من تعداها ظالم لنفسه، فصح أن من ظلم وتعدى حدود الله عز وجل ففعله باطل مردود ؛ لقول النبي، صلى الله عليه وسلم: « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد» فصح أن الطلاق المذكور لايكون إلا للعدة كما أمر الله عز وجل. فنظرنا بيان مراد الله عز وجل بقوله : (فطلقوهن لعدتهن) فوجدنا مارويناه من طريق محمد بن عبد الله بن نمير حدثنا أبي عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال : « طلقت امرأتي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله ، صلى الله عليه وسلم، فقال : مره فليراجعها ، ثم ليدعها حتى تطهر ، ثم تحيض حيضة أخرى ، فإذا طهرت فليطلقها قبل أن يجامعها أو يمسكها ، فإنها العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء » . فكان هذا بيانا لايحل خلافه . وقد روى هذا الخبر بنقصان عما أوردناه ، منها مارويناه من طريق شعبة عن قتادة قال : سمعت يونس بن جبير قال سمعت ابن عمر يقول «طلقت امرأتي وهي حائض فأتى عمر النبي، صلى الله عليه وسلم، فذكر ذلك له ، فقال النبي، صلى الله عليه وسلم: « مره فليراجعها فإذا طهرت فإن شاء طلقها » .

وقد روينا الأخذ بهذا عن عطاء قال علي : وزيادة العدل لايحل ترك الأخذ بها وهو خبر واحد عن قصة واحدة فى مقام واحد .

طلاق الحامل

قال ابن حزم . وأما طلاق الحامل فتنص عليها ما رويناه من طريق مسلم نا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنا وكيع عن سفيان الثوري عن مولى بن عبد الرحمن مولى طلحة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فقال رسول الله، صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ، ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » .

طلاق التي لم تحض

وقال ابن حزم : وأما التي تحض أو قد انقطع حيضها فإن الله عز وجل أجمل لنا إباحة الطلاق وبين[1] لنا طلاق الحامل وطلاق التي تحيض ، ولم يحد لنا تعالى في التي لم تحض ولا في التي انقطع حيضها حدا فوجب أنه تعالى أباح طلاقها متى شاء الزوج إذ لو كان له عز وجل في وقت طلاقها شرع لبينه لنا .

وقوع الطلاق في الحيض

قال ابن حزم : اختلف الناس في الطلاق في الحيض إن طلق الرجل كذلك أو في طهر وطئها فيه هل يلزم ذلك الطلاق أم لا ؟ وقد ادعى بعض القائلين بوقوع الطلاق في هذه الحالة بأن الإجماع انعقد على ذلك . وقد كذب مدعى ذلك لأن الخلاف في ذلك موجود ، وحتى لو لم يبلغنا لكان القاطع على جميع أهل الإسلام بما لايقين عنده ولا بلغه عن جميعهم كاذبا على جميعهم ، قال ابن عباس : الطلاق على أربعة أوجه وجهان حلال ، ووجهان حرام فأما الحلال فإن يطلقها من غير جماع أو حاملا مستبينا حملها ، وأما الحرام فإن يطلقها حائضا ، أو حين يجامعها لايدرى أيشتمل الرحم على الولد أم لا ؟ . ومن المحال أن يجيز ابن عباس ما يخبر بأنه حرام وقد ورد عن ابن مسعود أنه قال : من طلق كما أمر الله تعالى فقد بين الله تعالى له ، ومن خالف فإنا لانطيق خلافه . وقال ابن عمر في الرجل يطلق امرأته وهي حائض إنه لايعتد بطلاقه . وعن عبد الله بن طاوس عن أبيه أنه كان لا يرى طلاقا ماخالف وجه الطلاق ووجه العدة ، وكان يقول وجه الطلاق أن يطلقها طاهراً عن غير جماع وإذا استبان حملها . وروى همام بن يحيي عن قتادة عن خلاس بن عمرو أنه قال في الرجل يطلق امرأته وهي

(١) المحلى لابن حزم ﺟ ١٠ ص ١٦٢-١٦٣ .

حائض قال : لا يعتد بها . . . وأنكر ابن حزم وجود إجماع من الصحابة على إمضاء الطلاق فى الحيض ، أو فى طهر جامعها فيها سوى الرواية التى نقلت عن ابن عمر ، وقد عارضها ماهو أحسن منها عن ابن عمر — أما ما نقل عن أن عثمان بن عفان كان يقضى فى المرأة التى يطلقها زوجها وهى حائض أنها لا تعتد بحيضتها تلك وتعتد بعدها ثلاثة قروء ومن أن زيدا بن ثابت قال ، فيمن طلق امرأته وهى حائض : يلزمه الطلاق وتعتد بثلاث حيض سوى تلك الحيضة . فهذه رواية ضعيفة لا يعتد بها . فالثابت الذى لا خلاف فيه بين أحد من أهل العلم قاطبة أن الطلاق فى الحيض ، أو فى طهر جامعها فيه بدعة نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل بدعة ضلالة فلا مخالفة لأمره صلى الله عليه وسلم فكيف يستجيزون الحكم بتجويز البدعة التى يقرون أنها بدعة وضلالة أليس بحكم المشاهدة مجيز البدعة مخالفا لإجماع القائلين بأنها بدعة ؟ .

ورد ابن حزم الحديث المروى عن أنس رضى الله عنه من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من طلق فى بدعة ألزمناه بدعته » فقال : أنه حديث موضوع بلا شك لم يروه أحد من أصحاب حماد بن زيد الثقات إنما هو من طريق إسماعيل بن أمية الذراع فإن كان القرشى الصغير البصرى وهو بلا شك فهو ضعيف متروك . وإن كان غيره فهو مجهول لا يعرف من هو . وإن كان هذا الحديث من طريق عبد الباقى بن قانع راوى كل كذبة المنفرد بكل طامة فلا يعتد بحديثه — وعلى فرض أن هذا الحديث صحيح فلا حجة فيه لأن معنى ألزمناه بدعته أى إثمها كما قال الله عز وجل : (وكل إنسان ألزمناه طائره فى عنقه)[1] وليس فى الحديث ما يفيد أنه يحكم عليه بإمضاء حكم بدعته وتجويزها فى الدين . أما ماروى عن من طريق عبد الرازق عن ابن

---

(١) لابن حزم جـ ١٠ ص [illegible]

جريج قال أرسلنا إلى نافع وهو يترجل(١) فى دار الندوة ذاهبا إلى المدينة ، ونحن مع عطاء ، هل حسبت تطليقة عبد الله بن عمر امرأته حائضا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم . . فهذا الخبر موقوف على نافع ليس فيه أنه سمعه من ابن عمر فبطل الاحتجاج به . وأما ما نسب إلى ابن عمر من أنه قال : ما يمنعنى أن اعتد بها ، وقوله وحسبت لها التطليقة التى طلقتها ، فلم يقل فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حسبها تطليقة ، ولا أنه عليه الصلاة والسلام هو الذى اعتد بها طلقة إنما هو إخبار عن نفسه ، ولا حجة فى فعله ، ولا فى فعل أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم — أما حديث بن أبى ذئب من أن نافعا أخبرهم عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهى حائض فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : « مرة فليراجعها ، ثم ليمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك بعد ذلك ، وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء وهى واحدة » فغير مقطوع بأن لفظ « وهى واحدة » من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم بل هى لفظة أتى بها ابن أبى ذئب وحده ، والشرائع لا تؤخذ بالظنون . ثم لو صح يقينا أنها من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم لكان معناه وهى واحدة أخطأ فيها ابن عمر . أو وهى قضية واحدة لازمة لكل مطلق ، والرواية الصحيحة قد ذكرناها قبل من طريق عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر فيمن طلق امرأته حائضا أنه لا يعتد بذلك . وقد روى مثل ذلك مما يقوى هذه الرواية عن ابن جريج أنه قال أخبرنى أبو الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن مولى عزة يسأل ابن عمر قال أبو الزبير وأنا اسمع كيف ترى فى رجل طلق امرأته حائضا . فقال ابن عمر : طلق عمر امرأته وهى حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال

---

(١) يترجل : أى يمشى [illegible]

إن ابن عمر طلق امرأته وهى حائض قال عبد لله : فردها على ولم يرها شيئا ؟ وقال : إذا طهرت فليطلق إذا شاء ، أو ليمسك وقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم (يأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن فى قبل عدتهن) ، وهذا مما قرىء ثم رفعت لفظة فى قبل وأنزل الله تعالى (لعدتهن) — وقال ابن حزم : إن القول بأن أمر رسول الله لابن عمر بمراجعة زوجته دليل على أنها طالقة وأنه يعتد بها . قول لا دليل فيه على هذا الزعم لأن ابن عمر بلا شك إذ طلق زوجته حائضا فقد اجتنبها ، فإنما أمره عليه الصلاة والسلام بأن يترك فراقه لها ، وأن يراجعها كما كانت قبل بلا شك .. أما قول بعض الفقهاء الورع إلزامه تلك الطلقة إذ قد يطلقها بعد ذلك بطلقتين فتبقى عنده ولعلها مطلقة ثلاثا . فهذا القول يتنافى والورع بل هو ضد الورع إذ معنى قولهم هذا إباحة فرجها لأجنبى بلا بيان ، وإنما الورع أن لاتحرم على المسلم امرأته التى نحن على يقين من أن الله عز وجل أباحها له وحرمها على من سواه إلا بيقين وأما بالظنون والمحتملات فلا[1] .

تعجب

وتعجب ابن حزم ممن قالوا بوقوع طلاق من طلق امرأته وهى حائض أو فى طهر جامعها فيه . فقال : والعجب كله أنهم إن وجدوا فى الطلاق فى الحيض ما يشغبون به عما ذكرنا ، فأى شىء وجدوا فى طلاقه إياها فى طهر وطئها فيه . فإن قالوا : قسناه على الطلاق فى الحيض قلنا : هذا باطل من القياس ، ولو كان القياس حقا لكان هذا منه عين الباطل لأنه قياس الشىء على ضده ، (قياس طهر على حيض) فكيف والقياس كله باطل . فإن قالوا : إنكم تلزمونه الطلاق فى الحيض وفى طهر مسها فيه إذا كان الطلاق ثالثا ، أو ثلاثة مجموعة ، وفى غير المدخول بها بكل حال قلنا : نعم

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٦٦

لأن قول الله عز وجل (فطلقوهن لعدتهن) لا إشكال فى أنه تعالى إنما أمر ذلك فى المدخول بها فيما كان من الطلاق دون الثلاث ، وفى هذين الوجهين أفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمر ، ولم يأمر قط عز وجل بذلك فى غير مدخول بها ، ولا فيمن طلق ثالثة ، أو ثلاثة مجموعة . وليس فى غير المدخول بها عدة طلاق فيلزم أن يطلق لها كما بينا بنص القرآن وقوله تعالى : (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا ، فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف ، أو فارقوهن بمعروف) وليس هذا فى طلاق الثلاث . فقد ورد عن نافع عن ابن عمر « أنه طلق امرأته واحدة وهى حائض » كما ورد من طريق مسلم حدثنا محمد بن رمح حدثنا الليث بن سعد عن نافع عن ابن عمر «أنه طلق امرأته وهى حائض تطليقة واحدة فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض عنده حيضة أخرى ، ثم يمهلها حتى تطهر من حيضتها فإن أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر من قبل أن يجامعها ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » .

قال ابن عمر : أنت طلقت امرأتك مرة أو مرتين . فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرك بذلك . وإن كنت طلقتها ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك ، وعصيت ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك » .

وقال ابن حزم : قد يمكن أن ابن عمر أراد بالمعصية (عصيت ربك فيما أمرك به من طلاق امرأتك) من طلقها كذلك دون الثلاث .

طلاق الثلاث دفعة واحدة

يرى الظاهرية أن إيقاع الطلاق ثلاثا مجموعة هو طلاق سنة وينفذ ويستدلون لذلك بالكتاب والسنة وبفعل الصحابة وأقوالهم .

الكتاب :

أما الكتاب فمنه قوله تعالى (فإن طلقها فلا تحل له بعد حتى تنكح زوجا غيره)[1]

(١) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة

وقوله جل شأنه: (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات، ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها)[1].

وقوله تعالى: (وللمطلقات متاع بالمعروف)[2] .

وجه الاستدلال

الآية الأولى تفيد أن من طلقت ثلاثا لاتحل لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره سواء كانت الثلاث مجموعة أم مفرقة ولايجوز أن يخص بهذه الآية بعض ذلك دون بعض بغير نص مخصص .

وأما الآية الثانية (وإذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن ...) فهى تفيد عدم إباحة الطلاق الثلاث والاثنين والواحدة .

والآية الثالثة (وللمطلقات متاع بالمعروف) لم يخص الله سبحانه وتعالى مطلقة واحدة من مطلقة اثنتين ، ومن مطلقة ثلاثا .

السنــــة

ما روى من حديث النعمان عويمر العجلانى مع امرأته وفى آخره أنه قال « كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها » فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال : وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم .

وجه الاستدلال

١ — حدث أمام الرسول صلى الله عليه وسلم تطليق عويمر العجلانى لامرأته ثلاثا دون أن ينكر صلى الله عليه وسلم عليه ذلك فلو كان ذلك معصية لما سكت رسول الله صلى الله عليه ولاعترض على فعله وأنكره . فترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الإنكار على من طلق ثلاث طلقات بلفظ واحد امرأة يظنها امرأته ولا يشك أنها فى عصمته دليل على أن ما فعله

(١) الآية رقم ١٩ من سورة الأحزاب

(٢) الآية رقم ٢٤١ من سورة البقرة

سنة مباحة ، إذ لو كانت طلاق الثلاث مجموعة معصية لله تعالى لما سكت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيان ذلك ، ولم يوجد فى خبر آخر ما يفيد النهى عنه .

٢ — ما روى عن عبيد الله بن عمر أخبرنا القاسم عن محمد بن أبى بكر عن عائشة أم المؤمنين قالت : إن رجلا طلق امرأته ثلاثاً فتزوجت فطلق .

(أى طلقها الزوج الثانى) فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتحل للأول ؟ قال : «لا ، حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الأول » .

وجه الاستدلال

لم ينكر الرسول صلى الله عليه وسلم هذا السؤال . ولو كان الثلاث بلفظ واحد لا يجوز ، لأخبر بذلك . فدل على أن الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد مباح .

٣ — ما روى أن فاطمة بنت قيس وذكرت أن زوجها ابن حفص ابن المغيرة المخزومى طلقها ثلاثا ، ثم انطلق إلى اليمن ، فانطلق خالد بن الوليد فى نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بيت ميمونة أم المؤمنين فقالوا : إن ابن حفص طلق امرأته ثلاثا فهل لها من نفقة ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ليس لها نفقة ، وعليها العدة » .

وقد نقل هذا الحديث من عدة طرق منها طريق مسلم أخبرنا محمد بن المثنى أخبرنا حفص بن غيات أخبرنا هاشم بن عروة عن أبيه عن فاطمة بنت قيس قالت : قلت يارسول الله زوجى طلقنى ثلاثا ، أخاف أن يقتحم على قال : فأمرها فتحولت » ومن طريق مسلم أخبرنا محمد بن المثنى أخبرنا عبد الرحمن ابن مهدى أخبرنا سفيان الثورى عن سلمة بن كهيل عن الشعبى عن فاطمة بنت قيس عن النبى صلى الله عليه وسلم فى المطلقة ثلاثا قال : «ليس لها سكنى ولا نفقة » .

وجه الاستدلال

هذه الروايات المتواترة عن فاطمة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم فى المطلقة ثلاثا ، ولم ينكر عليه الصلاة والسلام على من طلقها ثلاثا ،

ولم يخبر بأنه فعله ليس من السنة دليل على أن هذا الفعل ليس ببدعة[1] .

قول الصحابة :

قال ابن حزم : الثابت عن عمر الذى لا يثبت عنه غيره. ما رويناه عن عبد الرازق عن سفيان الثورى عن سلمة بن كهيل أخبرنا زايد بن وهب أنه رفع إلى عمر بن الخطاب برجل طلق امرأته ألفا فقال له عمر : أطلقت امرأتك ألفا ؟ فقال إنما كنت ألعب، فعلاه عمر بالدرة وقال: إنما يكفيك من ذلك ثلاث، فهذه الرواية عن عمر تفيد أنه ما ضرب إلا لأنه زاد فى طلاقه على الثلاث ، وأحسن عمر فى ذلك وأعلمه أن الثلاث تكفى ولم ينكرها .
ونقل عن حبيب ابن أبى ثابت أن رجلا جاء إلى على بن أبى طالب رضى الله عنه ؛ فقال : إنى طلقت امرأتى ألفا فقال له على : بانت منك بثلاث ، واقسم سائرهن بين نسائك فلم ينكر على ، رضى الله عنه ، جمع الثلاث . ومثل هذا نقل عن عثمان بن عفان وابن عباس . أما ما نسب إلى ابن عباس رضى الله عنهما من قوله لمن يطلق ثلاثا ثم ندم : لو اتقيت الله لجعل لك مخرجاً ، فلا يفيد أن طلاق هذا الرجل ثلاثا بلفظ واحد معصية .
كذلك روى عن علقمة أنه قال : جاء إلى ابن مسعود. فقال : إنى طلقت امرأتى تسعا وتسعين فقال له ابن مسعود: ثلاث تبينها. وسائرهن عدوان .
فلم ينكر ابن مسعود على الرجل جمع الطلاق الثلاث فى لفظ واحد ، وإنما أنكر عليه الزيادة على الثلاث . كذلك روى عن عبد الله بن مسعود أنه قال: « طلاق السنة أن يطلقها طاهراً من غير جماع ». فلم يخص ابن مسعود طلقة من طلقتين من ثلاث. فإن قيل: إنه قد روى عن ابن مسعود هذا الأثر فيه: « فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى»، قلنا نعم : هذا أيضاً سنة ، وليس فيه أن ما عدا ذلك حرام وبدعة .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٧٠ .

رأى التابعين

وقال ابن حزم : وأما التابعون فلم يعلم عن أحد منهم التصريح بأن الثلاث معصية إلا الحسن فقد روى من طريق وكيع. عن إسماعيل بن أبى خالد عن الشعبي قال : قال رجل لشريح القاضى : طلقت امرأتى مائة فقال بانت منك بثلاث، وسبع وتسعون إسراف ومعصية . فلم ينكر شريح الثلاث ، وإنما جعل الإسراف والمعصية ما زاد على الثلاث . وروى عن سعيد بن المسيب قال : طلاق العدة : إذا طهرت من الحيضة بغير جماع . فلم يخص واحدة ، من ثلاث ، من إثنتين .

الشيعة الإمامية

أقسام الطلاق :

قال الإمامية : ينقسم الطلاق إلى أربعة أقسام ، وهى :

١ — طلاق حرام، وهو طلاق الحائض لا مع المصحح له، وهو أحد أمور ثلاثة (ا) عدم الدخول (ب) الحمل (ج) الغيبة على وجه مخصوص. والمراد غيبة الزوج مدة يعلم أو يظن انتقال الزوجة فيها من الطهر الذى واقعها فيه إلى غيره . ويختلف ذلك باختلاف عادتها ؛ فإذا حصل الظن بأنها ليست حائضاً جاز طلاقها ، وإن اتفق كونها حائضاً حال الطلاق إذا لم يعلم بحيضها حينئذ ، ولو بخبر من يعتمد على خبره شرعاً وإلا بطل . وفى حكم علمه بحيضها علمه بكونها فى طهر المواقعة على أقوى الأقوال فى المذهب(١). وفى حكم الغائب من لا يمكنه معرفة حالها بحبس ونحوه مع حضوره. كما أن الغائب الذى يمكنه معرفة حالها ، أو قبل . انقضاء المدة المعتبرة فى حكم الحاضر . وكذلك من أنواعه طلاق النفساء. ومن الطلاق المحرم طلاق المرأة فى طهر جامعها فيه وهى غير صغيرة ولا يائسة ولا حامل، مع علمه بحالها التى طلقها

(١) الروضة البهية [illegible]

فيه ، وهو أنه طلقها فى طهر جامعها فيه أو مطلقا ، سواء علم بحالها أو لا، فيحرم الطلاق؛ لأنه لا يستثنى للغائب إلا مصادفة الطلاق للحيض . وأما وقوعه فى طهر المواقعة فلا يستثنى ، وإن ظن الانتقال منه إلى طهر آخر .

٢ — طلاق مكروه : وهو الطلاق مع التئام أخلاق الزوجين . فإنه ما من شيء مما أحله الله تعالى أبغض إليه من الطلاق ، وذلك حيث لا موجب له .

٣ — الطلاق الواجب: وهو طلاق المولى والمظاهر، فإنه يجب عليه أحد الأمرين أن يفيء أو يطلق فكل واحد منهما يوصف بالوجوب التخييرى، وهو واجب مطلق .

٤ — سنة : وهو الطلاق مع الشقاق بينهما وعدم رجاء الاجتماع والوفاق والخوف من الوقوع فى المعصية، فالطلاق يسن فى هذه الحالة تخلصاً من الخوف من الوقوع فى المعصية . والطلاق المنسوب للسنة يطلق على كل طلاق جائز شرعاً . والمراد به الجائز بالمعنى الأعم، وهو ما قابل الحرام ، ولذا يسمى مقابله بالطلاق البدعى، وهو الحرام ، كما يطلق السنى على معنى أخص من الأول ، وهو أن يطلق على الشرائط المعتبرة فى صحته، ثم يتركها حتى تخرج من العدة ويعقد عليها ثانياً .

والطلاق السنى بالمعنى الأعم ثلاثة أقسام :

(ا) بائن — لا يمكن المطلق الرجوع فيه ابتداء ؛ وهو ستة: طلاق غير المدخول بها دخولا لا يوجب الغسل فى قبل أو دبر . واليائسة من الحيض، ومثلها لا تحيض ، والصغيرة ؛ إذ لا عدة لهذه الثلاث . ولا رجوع إلا فى عدة . وطلاق المختلعة ، والمبارأة ما لم ترجعا فى البذل ، فإذا رجعتا صار رجعيا . والمطلقة ثالثة ثلاثة بعد رجعتين، كل واحدة عقيب طلقة، إن كانت حرة، وثانية بينها وبين الأولى رجعة إن كانت أمة .

(ب) رجعى — وهو ما للمطلقة فيه الرجعة سواء رجع أولا .

(ج) طلاق العدة — وهو أن يطلق على الشرائط، ثم يرجع فى العدة ويطأ، ثم يطلق فى طهر آخر . وإطلاق العدة عليه من حيث الرجوع فيه فى العدة. والمطلقة للعدة تحرم فى التاسعة أبدا إذا كانت حرة؛ لأنها تحرم فى كل ثالثة حتى تنكح زوجا غيره . والمعتبر طلاقها للعدة مرتين من كل ثلاثة؛ لأن الثالث لايكون عديا حيث لارجوع فيه .

أفضل الطلاق

قال الإمامية : أفضل الطلاق هو طلاق السنة بالمعنى الخاص : وهو أن يطلقها على الشرائط المعتبرة فى صحته ثم يتركها حتى تخرج من العدة ويعقد عليها ثانيا[1] إن شاء ولاتحرم به المطلقة مؤبدا أبدا . وقد وردت الأخبار الدالة على فضله على من عداه من أنواع الطلاق .

الطلاق المحرم لايقع

يرى الشيعة الإمامية أن الطلاق المحرم بجميع أقسامه لايقع ، بل يبطل. لكن يقع فى الطلقات الثلاث من غير رجعة واحدة. وهى الأولى أو الثانية على تقدير وقوع خلل فى الأولى أو الثالثة، على تقدير فساد الأولين .

الطلاق الثلاث بكلمة واحدة يقع واحدة

الرأى الراجح عند الإمامية أن المطلق لو فسر الطلقة بأزيد من الواحدة كقوله: أنت طالق ثلاثا هو إلغاء هذا التفسير ووقوع طلقة واحدة فقط؛ لوجود المقتضى لوقوع الطلاق؛ وهو « أنت طالق » وانتفاء المانع؛ إذ ليس

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية الجبعى العاملى ج ٢ ص ١٥١ — ١٥٢

إلا الضميمة وهى تؤكده ولا تنافيه، ولصحيحة جميل وغيرها فى الذى يطلق فى مجلس ثلاثا ، قال : هى واحدة[1] .

رأى آخر يقول بعدم وقوع الطلاق

وعند الشيعة الإمامية رأى مرجوح يقول ببطلان الجميع ؛ لأن هذا التطليق بدعى . وهو منهى عنه قال الصادق (ع) : «من طلق ثلاثا فى مجلس فليس بشىء ... من خالف كتاب الله رد إلى كتاب الله» ؛ فهذا الطلاق غير مشروع ، وغير المشروع لايكون معتبراً فى حق الحكم . ولأن الله تعالى جعل لنا الإيقاع على وجه مخصوص . ومن جعل له ولاية التصرف على وجه لا يملك إيقاعه على غير ذلك الوجه، كالوكيل بالطلاق، على وجه السنة، إذا طلقها للبدعة فطلاقه لايقع، فكذا هذا .

رد هذا الرأى

أولا ـ وقد رد هذا الرأى جمهور الإمامية فقالوا: إن مقتضى وقوع الطلاق وهو اللفظ «أنت طالق» قد وجد وقد انتفى المانع؛ إذ ليس إلا ما ضم إليه من تفسير، وما ضم إليه يؤكد وقوع الطلاق ولا ينفيه. أما ما نقل عن الصادق (ع)، «من طلق ثلاثا فى مجلس واحد فليس بشىء ... من خالف كتاب الله رد إلى كتاب الله» فهذا الخبر محمول على أن المراد به عدم وقوع الثلاث التى أرادها[2].

مناقشة هذا الرأى من قبل الحنفية

ثانياً ـ وناقش الأحناف هذا الرأى أيضاً قائلين: أما القول بأن غير المشروع لا يكون معتبراً فى حق الحكم، فنعم. لكن الطلاق نفسه مشروع عندنا، ما فيه حظر، وإنما الحظر والحرمة فى غيره، وهو ما ذكرناه من الفساد والوقوع فى الزنى، والسفه وتطويل العدة، فيما إذا كان الطلاق بدعيا، سواء أكان بدعياً للوقت الذى حدث فيه الطلاق أم للعدد من الطلاق كلاما بلفظ واحد . وإذا كان الطلاق مشروعا فى نفسه جاز أن يكون معتبراً فى حق الحكم ،

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ١٤٨ .

(٢) المصدر السابق .

وإن منع عنه لغيره؛ كالبيع وقت آذان الجمعة، والصلاة فى الأرض المغصوبة ونحو ذلك . وأما القول بأن من ولى إيقاع تصرف مشروع لا يملك إيقاعه إلا على الوجه الذى ولى به، فلا حجة فى هذا؛ لأن من طلق ثلاثا، ما أوقع الطلاق إلا على الوجه الذى ولى إيقاعه؛ لأنه تصرف مشروع فى نفسه، ولم يوقعه غير مشروع؛ لأنه أوقعه بهذا الطلاق فباشر تصرفا مشروعا وارتكب محظوراً، فيأثم من حيث ارتكاب المحظور لا بمباشرة المشروع، كما فى البيع وقت النداء ونظائره. بخلاف الوكيل : لأن التوكيل بالطلاق على وجه السنة توكيل بطلاق مشروع لا يتضمن ارتكاب حرام بوجه فإذا طلقها للبدعة فقد أتى بطلاق مشروع يلازمه حرام فلم يأت بما أمر به فلا يقع . وهذا هو الفرق بين الأمرين[١] .

القانون

وقد نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية فى الجمهورية العربية المتحدة فى مادته الثالثة على الآتى :

مادة ٣ — الطلاق المقترن بعدد لفظا أو إشارة لا يقع إلا واحدة .

المذكرة التفسيرية للقانون

قالت المذكرة التفسيرية للقانون ، عند بيانها لمواد القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، ما يأتى :

شرع الطلاق فى الإسلام ليستطيع الزوجان التخلص من رابطة الزوجية، إذا تحقق أن المعاشرة بالمعروف والقيام بحقوق الزوجية، أصبح غير ميسور؛ فللرجل أن يوقع الطلاق مستقلا بإيقاعه إذا علم ذلك . وللمرأة أن تطلب إلى القاضى التطليق إذا علمت ذلك بعد أن يلحقها الضرر لأى سبب من الأسباب الموجبة .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ٩٦ ، ٩٧ .

وجمهور الفقهاء على أن إيقاع الطلاق لغير سبب شرعى حرام أو مكروه . يدل على ذلك ما رواه أبو داود عن النبى ، صلى الله عليه وسلم: (ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق) وفى رواية عنه : (أبغض الحلال إلى الله الطلاق) . وقد شرع الطلاق على أن يوقع دفعات متعددة « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان . ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به . تلك حدود الله فلا تعتدوها . ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون . فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » . فالآية الكريمة تكاد تكون صريحة فى أن الطلاق لا يكون إلا مرة بعد مرة . وجعلت دفعات الطلاق ثلاثا ليجرب الرجل نفسه بعد المرة الأولى والثانية ، ويروضها على الصبر والاحتمال ، ولتجرب المرأة نفسها أيضا ، حتى إذا لم تفد التجارب ووقعت الطلقة الثالثة علم أنه ليس فى البقاء خير ، وأن الانفصال البات بينهما أحق وأولى .

فالواقع أن الدين الإسلامى ، مع إباحته الطلاق ، قد ضيق دائرته ، وجعل هذه الإباحة مقصورة على الحالات التى لا يمكن فيها للزوجين ، أو أحدهما ، إقامة حدود الله . ولو أن الناس لزموا حدود الله واتبعوا شريعته ، لما وقعت شكوى من قواعد الطلاق ، ولبقيت العائلة الإسلامية متينة العرى يرفرف عليها الهناء . ولكن ضعف الأخلاق وتراخى عرى المروءات أوجد فى العائلة الإسلامية وهنا ، وجعل هناءها يزول بنزقة من طيش ، ويمين يحلفها الأحمق فى ساعة غضبه ، أو للتخلص من موقفه أمام دائن أو ظالم .

والمرأة المسلمة مهددة على الدوام بالطلاق لا تدرى متى يحصل ، وقد لا يدرى الرجل نفسه متى يحصل ، فإن الحالف بالطلاق والمعلق له على شىء من الأشياء التى يفعلها أجنبى لا يدرى متى تطلق امرأته .

فسعادة الزوجين والأولاد والأسرة قد ترتبط بعمل من الأعمال الخارجة عن إرادة رب الأسرة وعن إرادة سيدة الأسرة .

وكثير من هذا سببه آراء جمهور الفقهاء الذين يوقعون الطلاق المعلق واليمين بالطلاق ، والطلاق الثلاث بكلمة واحدة . ويوقعون المعلق قبل الزواج إذا علق على الزواج نفسه كما هو رأى الحنفية . وهذه الآراء كانت منبع شقاء العائلة ، وكانت سببا فى تلمس الحيل وافتنان الفقهاء فى ابتداع أنواعها .

ومن الواجب حماية الشريعة المطهرة ، وحماية الناس من الخروج عليها، وقد تكفلت بسعادة الناس دنيا وأخرى، وأنها، بأصولها، تسع الأمم فى جميع الأزمنة والأمكنة متى فهمت على حقيقتها وطبقت على بصيرة وهدى .

ومن السياسة الشرعية أن يفتح للجمهور باب الرحمة من الشريعة نفسها، وأن يرجع إلى آراء العلماء لتعالج الأمراض الاجتماعية كلما استعصى مرض منها، حتى يشعر الناس بأن فى الشريعة مخرجا من الضيق وفرجا من الشدة .

لهذا فكرت الوزارة فى تضييق دائرة الطلاق بما يتفق مع أصول الدين وقواعده ، ويوافق أقوال الأئمة وأهل الفقه فيه ، ولو من غير أهل المذاهب الأربعة ، فوضعت مشروع القانون بما يتفق مع ذلك . وليس هناك مانع شرعى من الأخذ بأقوال الفقهاء من غير المذاهب الأربعة خصوصا إذا كان الأخذ بأقوالهم يؤدى إلى جلب صالح عام، أو رفع ضرر عام، بناء على ما هو الحق من آراء علماء أصول الفقه .

وقد بنى مشروع القانون فى هذا الموضوع على المبادىء الآتية :

ثم أوضحت المذكرة التفسيرية عند بيانها للمادة الثالثة من القانون ما اعتمد عليه من آراء الفقهاء فى تقنين هذه المادة فأتت بنص المادة وهى :

م ٣ — الطلاق المقترن بعدد لفظا ، أو إشارة، لا يقع إلا واحدة .

وقالت ان ما تضمنته هذه المادة هو رأى محمد بن إسحاق ؛ ونقل ذلك عن على وابن مسعود ، وعبد الرحمن بن عوف ، والزبير . ونقل عن مشايخ قرطبة ، ومنهم محمد بن تقى بن مخلد، ومحمد بن عبدالسلام . ونقله ابن المنذر عن أصحاب ابن عباس كعطاء وطاووس وعمرو ابن دينار . وقد أفتى به عكرمة وداود وقال ابن القيم : إنه رأى أكثر الصحابة ، ورأى بعض أصحاب مالك ، ورأى بعض الحنيفة ، ورأى بعض أصحاب أحمد .

الشروط

تنبيه

اتخذت فى كتابى هذا طريقة السادة الأحناف . ولذلك تكلمت عن صيغة الطلاق، أولا، باعتبارها ركن الطلاق فقط وماعداها فشرط من شروط الطلاق . لكننى ، عند ذكر هذه الشروط ، وبسط آراء المذاهب الفقهية الأخرى، نبهت على ما يعتبره غير الحنيفية من هذه الشروط ركنا من أركان الطلاق وإن عده الحنفية شرطاً للركن لاركنا : فلزم التنبيه إلى ذلك .

شرائط الركن

المذهب الحنفى

قال الأحناف : شرائط الركن أنواع ، بعضها يرجع إلى الزوج، وبعضها يرجع إلى المرأة، وبعضها يرجع إلى نفس الركن، وبعضها يرجع إلى الوقت .

أما الذى يرجع إلى الزوج ؛ فهو :

١ — العقل؛ فلابد أن يكون الزوج عاقلا حقيقة أو تقديراً . وهذا الشرط محل اتفاق الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية . وتفريعاً على ذلك بنيت الأحكام الآتية :

طلاق المجنون والصبي الذى لا يعقل :

قال الحنفية والمالكية، والشافعية والحنابلة والظاهرية ، والإمامية ، بعدم وقوع طلاق المجنون. واستثنى من ذلك الأحناف من ذلك حالة ما إذا علق المجنون الطلاق وهو عاقل ثم جن، ثم وجد الشرط وهو مجنون، أو كان عنيناً أو مجبوباً أو أسلمت امرأته وهو كافر وأبى أبواه الإسلام ، فإن الطلاق يقع فى هذه الحالة[1] . والمالكية نصوا على أن طلاق المجنون لا يصح إذا طلق حال جنونه[2] . واعتبر الشافعية العقل من شروط نفاذ الطلاق من المطلق سواء أكان الطلاق منجزاً أم معلقاً . فلو علق المجنون الطلاق على شرط ثم وجد الشرط وهو عاقل لا ينفذ الطلاق . لكنه إن علق الطلاق على شرط وهو عاقل ثم وجد الشرط وهو مجنون فهو متعد فينفذ طلاقه[3] .

وقال الحنابلة : أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما فى معناه لا يقع طلاقه[4] وقال ابن حزم: «وطلاق السكران غير لازم ، وكذا من فقد عقله بغير الخمر[5]» وقال الإمام الحلى فى كتابه المختصر النافع: «ولا يصح طلاق المجنون ، ولا السكران ، ولا المكره[6] » وقال صاحب الروضة البهية : « ويعتبر فى المطلق البلوغ ، والعقل ، فلا يصح طلاق المجنون المطبق مطلقاً ، ولا غيره فى حالة جنونه[7] » .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٠٠ واللباب شرح الكتاب للشيخ عبد الغنى الدمشقى الميدانى (باب الطلاق) .

(٢) الشرح الكبير — حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٣٦٥ .

(٣) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٧٩ .

(٤) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٥٤ .

(٥) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٠٨ مسألة ١٩٦٨ .

(٦) المختصر النافع ج ١ ص ١٧٠ .

(٧) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ٢ ص ١٤٨ .

الأدلة

استدل الفقهاء على أن طلاق المجنون ومن فى حكمه لا يقع بالسنة والمعقول .

أما السنة :

فنها قول الرسول، صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة، عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق »

وجه الاستدلال

الحديث نص فى أن طلاق المجنون لا يقع ؛ لأن التكليف قد رفع عنه . ومثله الصبي الذى لا يعقل . فكان طلاقهما لغواً ، وعباراتهما لا يعتد بها .

وأما المعقول :

فقد قال الفقهاء إن العقل شرط أهلية التصرف ؛ لأن به يعرف كون التصرف مصلحة . وهذه التصرفات ماشرعت إلا لمصالح العباد . والمجنون والصبي ، غير المميز، لا يمكنهما إدراك المصلحة فيما يتصرفان فيه .

٢ — الشرط الثانى « البلوغ ». وهذا الشرط محل خلاف بعض الفقهاء نفصله فيما يلى:

طلاق الصبي العاقل

المذهب الحنفى

قال الأحناف : لا يقع طلاق الصبي العاقل ، ولو مراهقاً ، كما لا يقع طلاق الصبي الذى أوقعه وهو صغير إذا أجازه بعد البلوغ . أما لو قال :

«أوقعته» وقع؛ لأنه ابتداء إيقاع. وبمثل هذا القول قال المالكية(١) فقد قالوا بعدم صحة الطلاق من غير المكلف، أى لابد من البلوغ والعقل.

أما وقوعه عليه إذا ارتد فبحكم الشرع أنه موقع له. وكذلك قال الشافعية(٢) فقالوا بعدم صحته من غير مكلف. وكذا قال الشيعة الأمامية(٣). أما الحنابلة فقالوا: إن فى طلاق الصبى الذى يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه روايات، هى:

أولا — القول بوقوع الطلاق. وبهذا القول وردت أكثر الروايات عن أحمد، حيث روى عنه أنه قال: إن طلاق الصبى الذى يعقل الطلاق يقع. واختار هذه الروايه أبو بكر، والخرقى وابن حامد. وروى عن سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبى وإسحاق القول بوقوع الطلاق من الصبى الذى يعقل الطلاق بمعنى أن يعلم أن زوجته تبين به وتحرم عليه.

ثانياً — طلاق الصبى الذى يعقل الطلاق لا يقع.

كما نقل عن أحمد رواية ثانية توافق رأى الحنفية والمالكية والشافعية والإمامية. وقال صاحب المغنى(٤): وأكثر الروايات عن أحمد تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل. وهو اختيار القاضى. وروى عن أحمد أبو الحارث إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتى عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع إذا كان أقل من العشر. وهو إختيار أبى بكر؛ لأن العشر حد للضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا. وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان. وقال إسحاق إذا جاوز اثنتى عشرة

(١) الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٥
(٢) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٧٩ للشيخ محمد الشربينى الخطيب
(٣) المختصر النافع للحلى جـ١ ص ١٧٠، والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى جـ ٢ ص [illegible]

الأدلة

أولا — أدلة من يرى عدم وقوع طلاق الصبي :

استدل الحنفية والمالكية والشافعية والإمامية، ومن وافقهم من الحنابلة، بالسنة والمعقول .

أما السنة فمنها :

١ — قوله صلى الله عليه : « رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق ».

٢ — قول الرسول صلوات الله وسلامه عليه . « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه ».

وجه الاستدلال :

الحديث الأول يفيد أن التكليف مرفوع عن الصبي. ومفاد ذلك عدم وقوع الطلاق منه إلى أن يحتلم أي يبلغ بالاحتلام .

وأما الحديث الثاني فهو قاطع بأن طلاق الصبي غير جائز، أي غير صحيح ، دون تفصيل بين أن يكون غير عاقل للطلاق ، أو عاقل له .

وأما المعقول:

فالطلاق لم يشرع إلا عند خروج النكاح عن أن يكون مصلحة، وإنما يعرف ذلك بالتأمل، والصبي لاشتغاله باللهو واللعب لا يتأمل فلا يعرف[1].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ٣ ص١٠٠ ، واللباب شرح الكتاب للميداني (باب الطلاق) وانظر مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٧٩، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٦٥ وحاشية العلامة الشيخ علي الصعيدي جـ٢ ص ٥٥ والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ١٤٨ ، والمغني لابن قدامة الحنبلي جـ ٨ ص ٢٥٧ . والمحلى لابن حزم جـ١٠ ص٢٠٨ وما بعدها .

وأيضا فالصبي غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون .

ثانيا — أدلة من قال بوقوع طلاق الصبي الذي يعقل الطلاق .

استدل للرواية المنقولة عن أحمد التي تفيد وقوع طلاق الصبي الذي يعقل الطلاق بالسنة والمعقول فقالوا :

أما السنة فمنها :

١ — قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « الطلاق لمن أخذ بالساق » .

٢ — قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « كل طلاق جائز إلا طلاق المغلوب على عقله ».

وجه الاستدلال :

الحديث الأول أفاد أن الطلاق هو لمن له الحق في الاستمتاع بالمرأة وهو الزوج، إعمالا لعقد زواجه بها. ويدخل تحت هذا العموم الصبي، وغيره إلا ما خص من ذلك بنصوص أخرى كالمجنون والمعتوه . ومفاد ذلك هو وقوع الطلاق من الصبي الذي يعقل الطلاق إذا كان زوجا حيث استعمل حقه الثابت له بنص الحديث.

أما الحديث الثاني فأفاد صراحة أن كل طلاق يقع سواء كان المطلق صبيا أو غيره إلا طلاق المغلوب على عقله. والصبي العاقل ليس داخلا ضمن هذا الاستثناء. فصح طلاقه. ويفيد ذلك ويؤكده ما روى عن علي، رضي الله عنه، أنه قال : « اكتموا الصبيان النكاح » فيفهم منه أن فائدته ألا يطلقوا.

وأما المعقول:

فلأنه طلاق من عاقل صادف محل الطلاق فوقع كطلاق البالغ(١)

---

(١) انظر المغنى لابن قدامة الحنبلي جـ٨ ص .

طلاق المعتوه

المذهب الحنفى

معنى العته :

قال الكمال بن الهمام : المعتوه كالمجنون . قيل هو قليل الفهم ، مختلط الكلام ،فاسد التدبير، لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون .

وقيل : العاقل: هو من يستقيم كلامه، الا نادرا . والمجنون ضده. والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء . وهذا يؤدى إلى ألا يحكم بالعته على أحد . والأول أولى. وما قيل من أن يكون كل من الأمرين منه غالبا، معناه يكثر منه .

وقيل : المعتوه من يفعل فعل المجانين عن قصد مع ظهور الفساد ، والمجنون بلا قصد، والعاقل خلافهما وقد يفعل فعل المجانين على ظن الصلاح أحيانا (١)

حكم طلاق المعتوه

قال الاحناف بعدم وقوع طلاق المعتوه .

الأدلة

واستدل الأحناف لرأيهم بالسنة والمعقول ؛

أما السنة :

فقوله صلى الله عليه وسلم . «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي، والمعتوه»

---

١) فتح القدير لكمال الدين بن الهمام جـ ٣ ص ٣٨ .

وجه الاستدلال :

الحديث نص فى أن طلاق المعتوه لا يقع . وقد جمع بينه وبين الصبى فى الحكم ؛ فدل على ان حالته كحالته وأنه لاعتدال عندهما فى التمييز فلذا لايعتبر تصرفه فيما له فيه مضرة ؛ فهو كالمجنون فى عدم جواز تصرفه . والمراد بالجواز الوارد فى الحديث هو النفاذ .

وأما المعقول:

فقال الأحناف : معلوم من كليات الشريعة أن التصرفات لاتنفذ إلا ممن له أهلية التصرف؛ إذ التصرفات ما شرعت إلا لمصالح العباد. وأهلية التصرف مشروطة بالعقل، تدور معه وجوداً وعدما ، خصوصا التصرف الدائر بين الضرر والنفع خصوصاً ما لايحل إلا لانتفاء مصلحة ضده القائم كالطلاق، فإنه يستدعى تمام العقل، ليحكم به التميز فى ذلك الأمر ومتى زال العقل لا يمكن للمرء أن يعرف هل تصرفه مصلحة أو مضرة ؛ إذ لا يمكن ذلك إلا بالعقل. والمعتوه قد زال عقله كالمجنون. ومتى زال العقل، وهو شرط أهلية التصرف فقد انعدمت أهلية التصرف، فلا يقع طلاقه.[1] .

طلاق النائم والمغمى عليه والمدهوش

قال الحنفية : لا يقع طلاق النائم والمدهوش والمغمى عليه . وقالوا إن حالة هؤلاء لا تقل عن حالة المعتوه؛ إذ لا إختيار لهم فقد زال عقل المغمى عليه. بالإغماء وهو شرط فى أهلية التصرف؛ إذ به يعرف كون التصرف مصلحة كما أن النائم لا اختيار له فى التكلم. وشرط التصرف لاختيار فيه[2] ومثله المدهوش فصار تصرف من ذكر كتصرف المجنون .

---

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٠٠ — وفتح القدير لكمال الدين بن الهمام ج٣ ص ٤٠ — والعناية للبابرتى بهامشه ذات الجزء والصفحة .

(٣) المصدر السابق .

المذهب المالكي

طلاق المعتوه والنائم والمغمى عليه والمدهوش

يرى المالكية رأى الأحناف فى أن طلاق المعتوه والنائم، والمغمى عليه لا يقع . فقد نصوا : على أن الطلاق إنما يصح من البالغ العاقل ، وقالوا تفريعا على ذلك بعدم صحة طلاق المجنون ولو غير مطبق إذا طلق حال جنونه، ولا يقع الطلاق الذى تلفظ به سكران بحلال؛ لأن حكمه حكم المجنون. والمعتوه كالمجنون فيعطى حكمه[1] وقالوا: إن من هذى لمرض فتكلم بالطلاق فلما أفاق قال لم أشعر بشىء، لا يلزمه شىء فى القضاء إلا أن تشهد بينة بصحة عقله لقرينة ، إلحاقا له بالمجنون وإلحاقا له بالنائم، فدل ذلك على أن طلاق النائم لا يقع حيث جعل أصلا يقاس عليه غيره فى عدم وقوع الطلاق[2]. وحالة المغمى عليه لا تقل عما ذكر، فلا يقع طلاقه. وقد نص صاحب الشرح الكبير على عدم وقوع طلاق المغمى عليه إلحاقا له بالمجنون فى الحكم[3]. أما المدهوش فقد رأيت للمالكية ما يفيد اعتبار الدهشة عذراً مانعا من وقوع الطلاق، وذلك عند بيانهم حكم طلاق المكره. فقد قالوا بعدم وقوع طلاق المكره إلا أن يترك التورية مع معرفتها وعدم دهشته[4]. ومفاد ذلك أنه لو ترك التورية لدهشته بالإكراه فإن طلاقه لا يقع أيضاً .

المذهب الشافعي

طلاق المعتوه ، والمغمى عليه والنائم

قال الشافعية بمثل ما قال الأحناف والمالكية من عدم وقوع الطلاق

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٥ .

(٢) يراجع الشرح الكبير لأبى البركات سيدى أحمد الدردير وحاشية الدسوقى عليه . ج٢ ص ٣٦٦ .

(٣، ٤) المصدر السابق .

فى هذه الحالات،قال صاحب المغنى: « لا يصح الطلاق من غير مكلف، كصبى ومجنون ومغمى عليه ونائم، لا تنجيزا ولا تعليقاً ، وإن وجدت الصفة بعد الأهلية فى المعلق لفساد عبارته، ولخبر « رفع القلم عن ثلاث » نعم، لو تولد جنون من سكر تعدى فيه نفذ طلاقه فى جنونه[1] .

المذهب الحنبلى

طلاق المعتوه ، والنائم

مجمل قول الحنابلة : طلاق زائل العقل بلا سكر لا يقع. وفصل القول صاحب المغنى فقال : أجمع أهل العلم على أن زائل العقل بغير سكر، أو ما فى معناه ، لا يقع طلاقه . كذلك قال عثمان ، وعلى ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعى والشعبى ، وأبو قلابة ، والزهرى ، ويحى الأنصارى ، ومالك ، والثورى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق فى حال نومه لا طلاق له[2]» .

الأدلة

استدل الحنابلة بالسنة وبالمعقول؛ فقالوا :

أما السنة:

فقد ثبت أن النبى صلى ، الله عليه وسلم ، قال : « رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفيق » .

كما روى عن أبى هريرة ، رضى الله عنه عن النبى ، صلى الله عليه وسلم ، أنه قال: « كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله» رواه النجاد ،

(١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٧٩ للشيخ محمد الشربينى الخطيب .
(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ [illegible]

وقال الترمذي: لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان وهو ذاهب الحديث. وروى بإسناده عن علي مثل ذلك .

وجه الاستدلال

الحديث الأول بين أن التكليف مرفوع عن النائم حتى يستيقظ ، فدل ذلك على أن تصرفه لا يعتد به. وقد ربط الحديث بين الصبي. وبين المجنون، حتى يفيق ، في الحكم. والمجنون لا يقع طلاقه اتفاقاً، فكذلك النائم أما المعتوه فهو كالمجنون فينصرف إليه حكمه في التصرفات .

أما الحديث الثاني، فقد نص على أن طلاق المعتوه المغلوب على عقله لا يقع ؛ لأن المراد من الجواز هنا النفاذ ويستوى في ذلك زوال العقل بالعته أو بالإغماء أو بالنوم، فكل من هؤلاء قد دل الحديث على عدم وقوع طلاقه لأنه قد غلب على عقولهم .

وإما العقول :

فقال الحنابلة : إن الطلاق قول يزيل الملك المستفاد من عقد النكاح ، فاعتبر له العقل كالبيع، حيث اشترط لجوازه[1] العقل، بل هذا من باب أولى.

الظاهرية

طلاق المعتوه ، والنائم ، والمغمى عليه ، والمدهوش

يؤخذ من قول ابن حزم في طلاق السكران : أن من فقد عقله بغير الخمر لا يقع طلاقه، فدل ذلك على أن طلاق المعتوه ، والمغمى عليه ،والنائم ، والمدهوش، لا يقع؛ لأن عقل هؤلاء قد زال حالة العته ، والإغماء ،والنوم، والدهشة[2] .

---

(١) المصدر السابق .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٨ مسألة ١٩٦٨ .

الشيعة الإمامية

طلاق المعتوه والنائم والمغمى عليه والساهي

قال الشيعة الإمامية بعدم وقوع طلاق المعتوه ، والمغمى عليه والنائم:
قال الإمام الحلي في بيانه للركن الاول من أركان الطلاق : (الركن الاول) المطلق ؛ ويعتبر فيه البلوغ والعقل والاختيار والقصد . فلا اعتبار بطلاق الصبي . وفيمن بلغ عشرا رواية بالجواز فيها ضعف. ولو طلق عنه الولي لم يقع إلا أن يبلغ فاسد العقد .ولا يصح طلاق المجنون» [1] وقال صاحب الروضة البهية : ولا يطلق الولي عن السكران ، ولا عن المغمى عليه وشارب المرقد كالنائم» وقال أيضا : « ولا عبرة بعبارة الساهي والنائم والغالط . والفرق بين الأول والأخير أن الأول لاقصد له مطلقا ، والثاني له قصد إلى غير من طلقها فغلط وتلفظ بها . ومثله مالوظن زوجته أجنبية بأن كانت في ظلمة وأنكحها له وليه أو وكيله ولم يعلم ، ويصدق في ظنه ظاهرا، وفي عدم القصد لو ادعاه ، مالم تخرج العدة الرجعية . ولا يقبل في غيرها إلا مع اتصال الدعوى بالصيغة . وأطلق جماعة من الأصحاب قبول قوله في العدة من غير تفصيل » [2] .

طلاق المريض والكافر

المذهب الحنفي

لايرى الأحناف أن إسلام الزوج وصحته من شروط وقوع الطلاق .

---

(١) المختصر النافع ص ١٩٧ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعي العاملي ج ٢ ص١٤٨ — ١٤٩ —

ولذا قالوا بوقوع طلاق المريض لأن ، المرض ، والكفر لا ينافيان أهلية الطلاق . [١] لكن الرجل لو طلق امرأته فى مرض موته بائنا فمات وهى فى العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها . أما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها، ثم مات وهى فى العدة، فلا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه — أما لو طلقها طلاقا رجعيا فيرثها وترثه فى العدة لقيام النكاح

التعليل لما تقدم

وقال الأحناف بيانا لقولهم السابق: أن المطلقة بائنا فى مرض موت المطلق ترث مطلقها إذا مات ، ولا يرثها هو اذا ماتت وهى فى العدة ؛ لأن الزوجية سبب إرثها فى مرض موته ، والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها ، وقد أمكن ؛ لأن النكاح فى العدة يبقى فى حق بعض الآثار، فجاز أن يبقى فى حق إرثها عنه . أما لو انقضت عدتها فلا ترثه؛ لأنه لا إمكان للتوريث ؛ إذ لم يعهد بقاء شىء من أثار النكاح بعد انتهاء العدة . أما عدم إرث المطلق لمن طلقها بائنا وهو فى مرض موته فماتت وهى فى الغدة؛ فلأن الزوجية فى حالة مرضه ليست سببا لارثه عنها بل هى سبب فى حال مرضها ، فتبطل الزوجية فى حقه حقيقة وحكما بطلاقه لها طلاقا بائنا فلا يرثها وبخاصة إذا رضى به، أما هى فقد اعتبر الشارع بقاء الزوجية فى حقها حكما وان بطلت حقيقة بالطلاق البائن دفعا للضرر عنها لأنه قصد إبطال حقها فيرد قصده عليه . لكن لو طلقها ثلاثا بأمرها ، أو قال لها اختارى نفسك فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهى فى العدة لم ترث؛ لأنها رضيت إبطال حقها، وتأخير عمل الطلاق لحقها، وهى قد رضيت بإبطاله . وكذا لو حصلت الفرقة فى مرضه بسبب الجبة والعنة، وخيار البلوغ والعتق، فلا ترث لرضاها بالمبطل وإن كانت مضطرة ،

---

(١) بدائع الصنائع ج ٣ ص ١٠٠

لأن سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج ، فلم يكن جانيا فى الفرقة[١].

من طلقت نفسها ثلاثا

وقال الأحناف : لو أن المرأة طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج الطلاق المذكور فى مرضه، ومات وهى فى العدة ، فإنها لا ترث، لأن المبطل للإرث إجازته للطلاق الذى أوقعته[٢] .

المذهب المالكى

قال المالكية بوقوع طلاق المريض ؛ لأنه أهل لإيقاعه ، لوجود العقل عنده . لكنه لو أن المريض تكلم بالهذيان[٣] لمرض أصابه فطلق زوجته حال هذيانه فلما أفاق ، قال : لم أشعر بشىء وقع منى ، وأنكر ، فلا يلزمه الطلاق، لا فى الفتوى ولا فى القضاء، إلحاقا له بالمجنون ويحلف. أنه ما شعر بما وقع منه[٤]... هكذا أطلق الباجى . وقيد ابن رشيد ذلك بما إذا لم تشهد بينة عليه بصحة عقله. أما إذا شهدت بينة عليه بصحة عقله لقرينة، فيرى ابن رشد أن الطلاق يلزمه . وقال ابن ناجى: لو أن المطلق قال: وقع منى شىء ولم أعقله لزمه الطلاق ؛ لأن شعوره بوقوع شىء منه دليل على أنه عقله . واعترض سيدى أحمد الدردير على ذلك: فقال : «وفيه نظر؛ إذ كثيراً ما يتخيل للمريض خيالات فيتكلم على مقتضاها بكلام خارج عن قانون العقلاء ، فإذا أفاق استشعر أصله ، وأخبر عن الخيالات الوهمية كالنائم، ومعنى هذا أنه لا يلزم من الاستشعار بالشىء عقله له بعينه ، فالنائم إذا أفاق من نومه يخبر عما خيل له فى نومه ولا يعرف عينه[٥] .

(١، ٢) فتح القدير ج ٣ ص ١٥٠ — ١٥٢ — لكمال الدين بن الهمام — وشرح الهداية .

(٣) الهذى بذال معجمة بوزن رمى من الهذيان وهو الكلام الذى لا معنى له .

(٤) الشرح الكبير لسيدى أحمد الدردير ج ٢ ص ٣٦٦ وحاشية الدسوقى عليه .

(٥) المصدر السابق ج [illegible]

والخلاصة : أن طلاق المريض صاحب العقل السليم ، واقع . لكنه إذا طلق زوجته طلاقاً بائناً فهل ترثه أو لا ؟ يرى المالكية أنها ترثه سواء مات وهي في عدته أو بعد انقضاء عدتها، وسواء تزوجت بزوج آخر أو لم تتزوج[1]. سدا للذريعة، وردا لمقصده السيء.

المذهب الشافعي

طلاق المريض

قال الشافعية بنفاذ طلاق المريض، منجزاً كان الطلاق أو معلقاً ، بائناً كان أو رجعياً : لأنه مكلف فكان أهلا لوقوع الطلاق منه في محله .

طلاق المريض في مرض موته

وقال الشافعية بوقوع طلاق المريض في مرض موته ، كما يقع في صحته، سواء كان الطلاق بائناً أو رجعياً .

الميراث

قال الشافعية بتوارث الزوج المريض وزوجته إذا حصل الموت في عدة طلاق رجعي ، لبقاء آثار الزوجية في الرجعية بلحوق الطلاق لها والإيلاء منها وغير ذلك . أما إذا حصل الموت في عدة طلاق بائن ففي الجديد لا يتوارثان ؛ لانقطاع آثار الزوجية. وفي القديم ترث المطلقة مطلقها طلاقا بائناً إذا مات في عدتها منه ؛ لأن تطليقها بغير اختيارها يدل على قصده حرمانها من الإرث ، فيعاقب بنقيض قصده . ولو ماتت هي لا يرثها هو . وقد ذكر صاحب مغني المحتاج شروطاً يجب توافرها لكي ترث المطلقة بائناً مطلقها ، إذا مات وهي في عدتها من طلاقها البائن، حسب المذهب القديم للشافعي؛ فقال :

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٨٣ .

« للقديم شروط: أحدها: كون الزوجة وارثة، فلو أسلمت بعد الطلاق فلا . ثانيها: عدم اختيارها، فلو اختلعت أو سألت فلا. ثالثها: كون البينونة فى مرض مخوف ونحوه، ومات بسببه، فإن برىء منه فلا . رابعها: كونها بطلاق لا بلعان وفسخ . خامسها: كونه منشأ ليخرج به ما إذا أقر به . سادسها: كونه منجزاً . وإذا قلنا بالجديد فلها حكم بقية البوائن إلا إن قصد بطلاقها فراره من الإرث، فيجرى فى تحريمه خلاف تحريم بيع النصاب قبل الحول فراراً من الزكاة[1] » .

طلاق الكافر :

قال الشافعية بوقوع الطلاق من الكافر بصريح الطلاق: وهو ما لا يحتمل ظاهره غير الطلاق بلا نية لإيقاع الطلاق . كما يقع منه الطلاق بكناية الطلاق بنية لإيقاعه .

والكناية : هى ما يحتمل الطلاق وغيره . ويشترط أن يقصد بلفظ الطلاق معناه بمعنى أن يفهم معناه . كما يشترط قصد التلفظ به(٢).

المذهب الحنبلى

طلاق المريض

لم يشترط الحنابلة فى الزوج المطلق أن يكون خالياً من الأمراض؛ فيصح طلاق المريض إذا صدر منه عن قصد واختيار فى محله ؛ لأنه تصرف صدر من مكلف فيعتد به .

ميراث المطلقة

لا خلاف فى أن الطلاق الرجعى إذا حصل الموت فى الاعتداد منه فإن

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٩٤ للعلامة الشيخ محمد الشربينى الخطيب.
(٢) المصدر السابق ذات الجزء ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

الزوجين يتوارثان. قال صاحب الاقناع : « إذا أبان زوجته المطلقة فى صحته، أو فى مرضه غير المخوف، ومات به، أو مرض غير الموت، بطلاق أو غيره، ولو قصد الفرار من الميراث ، لم يتوارثا ، بل فى طلاق رجعى ما دامت فى العدة . »[1]

من طلقت فى مرض الموت طلاقا لا يتهم فيه

أما من طلقت فى مرض الموت طلاقا لا يتهم فيه : بأن سألته الطلاق أو الخلع أو علق طلاقها على فعل لها منه به ففعلته عالمة، أو على مشيئتها فشاءت، أو خيرها فاختارت نفسها، أو علقه بفعل زيد كذا ، ففعله فى مرضه، أو بشهر لجاء فى مرضه، أو علقه فى الصحة على شرط، كقدوم زيد، أو صلاتها الفرض فوجد فى المرض ؛ أو طلق من لا ترث كالأمة والذمية فعتقت، أو أسلمت قبل موته ؛ أو قال لها : أنتما طالقتان غدا فعتقت الأمة وأسلمت الذمية قبل غد ، أو وطىء مجنون أم زوجته ، فكطلاق الصحيح ... يعنى أن الزوجة لا ترث مطلقا اذا مات بعد ذلك ؛ لعدم اتهامه بقصد حرمانها من الميراث ، الا اذا سألته طلقة فطلقها ثلاثا فترثه »

الطلاق بقصد الحرمان من الميراث

يرى الحنابلة : أن من طلق زوجته فى مرضه موته المخوف بقصد حرمانها من الميراث فإنه يرد عليه قصده وترثه مالم تتزوج .

قال صاحب الإقناع : « وإن طلق أربعا فى مرضه طلاقا يتهم فيه ، فانقضت عدتهن وتزوج أربعا سواهن فالميراث للثمان . مالم تتزوج المطلقات»[2]

ميراث الزوج زوجته المفسوخ نكاحها

قال الحنابلة : « وإن فعلت فى مرض موتها ما يفسخ نكاحها : بأن

---

(١) الإقناع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل للقاضى شرف الدين موسى الحجاوى المقدسى جـ ٣ ص ١١٦ تصحيح وتعليق الشيخ محمد عبد اللطيف السبكى ؛ (كتاب الفرائض)

(٢) المصدر السابق ص ١١٨

ترضع امرأة الصغيرة أو زوجها الصغير، أو استدخلت ذكر ابن زوجها، وهو نائم، أو ارتدت — لم يسقط ميراث زوجها مادامت في العدة وكذا بعد العدة كما لو كان هو المطلق. وجزم به في الفروع؛ فقال: «والزوج في إرثها إذا قطعت نكاحها عنه كفعله. انتهى. ومقتضاه أنه يرثها في العدة وبعدها، كما لو كان هو المطلق. هذا إن كانت متهمة فيه والا سقط، كفسخ معتقة تحت عبد أو فعلته مجنونة[1]»

طلاق الكافر

قال صاحب الإقناع: «ويصح الطلاق من زوج عاقل مختار، ولو مميزا يعقله، ولو دون عشر يعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه. ويصح توكيله وتوكله فيه. ويصح من كتابي وسفيه وممن لم تبلغه الدعوة وأخرس تفهم إشارته — ويأتي في باب صريح الطلاق وكنايته. وطلاق مرتد موقوف فإن عجلت الفرقة فباطل[2]. وتزويجه باطل»

الظاهرية

طلاق المريض

طلاق المريض كطلاق الصحيح. ولا فرق بين ما إذا مات من ذلك المرض أو لم يمت منه. ويطلق بما يقدر عليه من الصوت والعبارة التي يوقن من سمعها قطعاً أنه أراد الطلاق؛ لقوله تعالى: «لا يكلف الله نفسا إلا وسعها»، ولقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم»، فصح أن ما في

---

(١) المصدر السابق ص ١١٨

(٢) علق على هذا القول فضيلة الشيخ محمد عبد اللطيف السبكي، فقال: إذا ارتد قبل الدخول انفسخ النكاح. وإذا ارتد بعد الدخول، ثم طلق، فإن عجل الإسلام قبل مضى زمن الرجعة فطلاقه صحيح، وإن عجل الفرقة بمعنى تأخيره الإسلام حتى مضت العدة فالطلاق باطل. والنكاح يعتبر مفسوخا من وقت الردة (الاقناع ج ٤ ص ٣ تطبيق وتصحيح الشيخ محمد عبد اللطيف السبكي).

وسع الإنسان ولا يستطيعه فقد سقط عنه وأنه يؤدى ما أمر به ما استطاع فقط[1] .

حكم الميراث

أن كان طلاق المريض ثلاثا أو آخر ثلاث أو قبل أن يطأها فمات أو ماتت قبل تمام العدة أو بعدها أو كان طلاقا رجعيا فلم يرتجعها حتى مات أو ماتت بعد تمام العدة فلا ترثه فى شىء من ذلك كله ولا يرثها أصلا . وكذلك طلاق الصحيح للمريضة ، وطلاق المريضة للصحيح ، ولا فرق . وكذلك طلاق الموقوف للقتل والحامل المثقلة .

قال ابن حزم : إن المبتوتة فى المرض أو المطلقه فيه ولم يطأها لا ميراث لها أصلا وكذلك المطلقة طلاقا رجعيا فى المرض إذا لم يراجعها حتى مات فلا ميراث لها ، وحتى لو أقر علانية أنه إنما فعل ذلك لئلا ترثه . ولا حرج عليه فى ذلك؛ لأنه فعل ما أبيح له من الطلاق الذى قطع به الله تعالى الموارثة بينهما ، وكما قطع به حكم الزوجية بينهما. وكذلك إن طلق وهو موقوف للقتل فى حق أو باطل أو للرجم فى زنى ، ولا فرق : لأنه لم يأت نص قط بين طلاق هؤلاء وبين غيرهم بفرق . ولا يجوز أن يرث بالزوجية إلا زوجة أو زوج ترثه حيث يرثها ولا فرق ، ولا يرث بالبنوة إلا ابن أو ابنة . ولا يرث بالأبوة إلا الأب ، ولا يرث بالأمومة إلا أم. ولا فرق بين شىء من ذلك . والمفرق بين ذلك مؤكل مالا بالباطل . ومن صح عنه أن قضى بذلك من الصحابة، رضى الله عنهم، فمأجور، بكل حال، من خطأ او صواب . وإنما الشأن فيمن قلد بعض ما اجتهدوا فيه وخالفهم فى بعضه تحكما فى الدين ، بالهوى ، والباطل .

(1) المحلى لابن حزم حـ ١٠ مسألة رقم ١٩٦١ ص ١٩٧ ومسألة رقم ١٩٧٦ ص ٢١٨ — ٢٢٩ .

الطلاق البات فى المرض ليس فرارا

قال ابن حزم : احتج من رأى توريث المبتوتة فى المرض بأن قالوا : فر بذلك عما أوجب الله تعالى لها فى كتابه فى الميراث، فوجب أن يقضى عليه وعلى من لا يتهم بذلك ، لئلا يكون ذريعة إلى منع الحقوق .

ونقول ، وبالله التوفيق : ما فر المطلق إذا طلق فى مرضه قط عن كتاب الله تعالى . بل أخذ بكتاب الله واتبعه[1] ؛ لأن الله تعالى أباح الطلاق وقطع بالثلاث ، وبالطلاق قبل الوطء ، جميع حقوق الزوجية ؛ من النفقة وأباح الوطء، والتوارث فأين ههنا من الفرار من كتاب الله تعالى ؟ إنما كان يفر عن كتاب الله تعالى لو قال: لا ترث منى شيئاً دون أن يطلقها، بل الفرار من كتاب الله تعالى هو توريث من ليست زوجة ولا أما، ولا جدة ولا ابنة ولا ابنة ابن، ولا أختاً ولا معتقة، ولكن أجنبية لم يجعل الله تعالى لها ميراثاً . وكيف يجوز أن تورث بالزوجية من إن وطئها رجم ، أو من قد حل لها زواج غيره ، أو من هى زوجة لغيره ... هذا هو خلاف كتاب الله تعالى حقاً بلا شك .

وأيضاً فإن كانت ترثه بالزوجية فوجب أن يرثها بالزوجية كما يقول الحسن ؛ إذ من الباطل المحال الممتنع أن تكون هى امرأته، ولا يكون هو زوجها . فإن قالوا : ليست امرأته . قلنا : فلم ورثتموها ميراث زوجة ؟ وهذا عجب جداً . وهذا أكل المال بالباطل بلا شك .

ومن العجب قولهم: فر بميراثها، وأى ميراث لها من صحيح لعلها تموت هى قبله ؟ ورب صحيح يموت قبل ذلك المريض. وقد يبرأ من مرضه، فما أوجب لها قط، إذا طلقها، ميراث يفر به عنها. ثم العجب توريث الحنفيين المبتوتة ممن حبس للقتل ، أو بارز فى حرب وليس مريضاً ، ومنعهم الميراث التى أكرهها أبو زوجها على أن وطئها فى مرض زوجها ، وليس لزوجها فى ذلك عمل أصلا ،

---

(١) المحلى لابن حزم ح ١٠ ص ٢٢٤ .

ولا طلقها مختاراً قط، وتوريث المالكين المختلعة والمختارة نفسها والقاصدة إلى تحنيثه، فى مرضه، فى يمينه، وهو صحيح، بالطلاق، وهو كاره لمفارقتها وهى مسارعة إليه مكرهة له على ذلك . وما فى العجب أكثر من منعهم المتزوجة فى المرض من الميراث الذى أوجبه الله تعالى لها يقينا بالزوجية الصحيحة ، وتوريثهم المطلقة ثلاثا فى المرض ، فورثوا بالزوجية من ليست بزوجة ، ومنعوا ميراث الزوجة من هى زوجته[1] .

طلاق المشرك

قال ابن حزم : ولا يلزم المشرك طلاقه وأما نكاحه وبيعه وابتياعه وهبته وصدقته وعتقه ومؤجراته فجائز ، كل ذلك[2] .

الدليل

واستدل ابن حزم على ذلك بالكتاب والسنة .

أما الكتاب :

فقوله تعالى : « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه » .

وأما السنة :

فقول الرسول ، صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » .

ووجه الاستدلال بكل من الكتاب والسنة : هو الآتى

صح من النصين السابقين أن كل من عمل بخلاف ما أمر، الله عز وجل، به ، أو رسول الله صلى الله عليه وسلم، فهو باطل ولا يعتد به . ولا شك فى أن الكافر مأمور بقول لا إله إلا الله محمد رسول الله، ملزم ذلك متوعد على تركه بالخلود بين أطباق النيران، فكل كلام قاله، وترك الشهادة المذكورة، فقد وضع ذلك الكلام غير موضعه، فهو غير معتد؛ فإن قيل: كيف أجزتم سائر عقوده

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٢٤ .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠١ مسألة رقم ١٩٦٥

التى ذكرتم؟ فنقول: أما إجازة نكاحه، فلأن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أجاز نكاح أهل الشرك وأبقاهم بعد إسلامهم عليه . وأما بيعه وابتياعه فلأن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، كان يعامل تجار الكفار ، ومات، عليه الصلاة والسلام، ودرعه مرهونة عند يهودى فى أصواع شعير. وأما مؤجراته فلأن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم، استأجر ابن أرقط ليدل به إلى المدينة وهو كافر ، وعامل يهود خيبر على عمل أرضها وشجرها بنصف ما يخرج الله، عز وجل، من ذلك . وأما هبته وصدقته وعتقه فلقول حكيم بن حزام : يارسول الله أشياء كنت أتحنث بها فى الجاهلية من عتاق وصلة رحم وصدقة، فقال له رسول الله، صلى الله عليه وسلم : « أسلمت على ما أسلفت من خير » فسمى، عليه الصلاة والسلام، كل ذلك خيراً، وأخبر أنه معتد، له، به، فبقى الطلاق لم يأت فى إمضائه نص فثبت على أصله المتقدم .

فإن قيل: فقد قال الله تعالى:(وإن حكم بينهم بما أنزل الله)[١] قلنا: نعم، وهذا الذى حكمنا به بينهم هو مما أنزل الله تعالى كما ذكرنا، وقد اختلف الناس فى هذا فرويناه من طريق قتادة أن رجلا طلق امرأته طلقتين فى الجاهلية وطلقة فى الإسلام فسأل عمر فقال له: عمر لا آمرك ولا أنهاك . فقال له عبد الرحمن ابن عوف. لكنى آمرك . . ليس طلاقك فى الشرك بشىء. وبهذا كان يفتى قتادة . فإن قيل: فقد رويتم من طريق عبدالرازق عن ابن جريج عن عمرو ابن دينار قال : « لقد طلق رجال نساء فى الجاهلية، ثم جاء الإسلام فما رجعن إلى أزواجهن » فهذا لا حجة فيه ، لوجوه .

أولها : أنه مرسل، وأين عمرو بن دينار من الجاهلية ؟

وثانيها: أنه ليس فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم منع من ذلك .

وثالثها : أنا لم نمنع نحن من أن يكون قوم رأوا أن ذلك نافذ ، ولا حجة فى ذلك إلا أن يعلمه ، عليه الصلاة والسلام ، فيقره[٢] .

---

(١) الآية رقم ٤٩ من سورة المائدة (٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠١، ٢٠٢ .

الشيعة الإمامية

طلاق الصبي

قال الشيعة الإمامية بعدم صحة طلاق الصبي، وأن أذن له الولى . قال العلامة الحلى : « لا اعتبار بطلاق الصبي . وفيمن بلغ عشرا رواية بالجواز فيها ضعف . ولو طلق عنه الولى لم يقع إلا أن يبلغ فاسدا العقل »[1] .

وقال صاحب الروضة البهية : « يعتبر فى المطلق البلوغ ؛ فلا يصح طلاق الصبي، وإن أذن له الولى، أو بلغ عشرا على أصح القولين. ولا يطلق الولى عن الصبي. ولو بلغ الصبي فاسد العقل طلق عنه الولى حينئذ »[2]

طلاق المريض

قال الشيعة الإمامية بصحة طلاق المريض مع الكراهة ؛ للنهى عنه فى بعض الأخبار. وقد حمل النهى الوارد عن طلاق المريض على أنه يفيد الكراهة؛ للجمع بينها وبين الأخبار الدالة على وقوع طلاق المريض .

الميراث

وقال الإمامية : إذا طلق المريض طلاقا رجعيا، وحصل الموت فى العدة، توارثا . وترثه هى فى البائن أو الرجعى إلى سنة من حين الطلاق مالم تتزوج بغيره ، أو يبرأ من مرضه .

وقال الإمامية فى الاستدلال لرأيهم : إن النصوص والإجماع دالة على ذلك : ولرد قصد المطلق عليه، فقد أراد إسقاط إرثها ، فيؤاخذ بنقيض مطلوبه . وهو لا يتهم حيث تسأله الطلاق، أو تخالفه ، أو تبارئه. والأقوى عموم الحكم؛ لإطلاق النصوص ، فإذا تزوجت بغيره ، أو برأ من مرضه،

---

(١) المختصر النافع للحلي ص ١٩٧ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية حـ٢ ص ١٤٨ .

فلا إرث لها بعد العدة الرجعية ، وإن مات فى أثناء السنة .

وتأسيسا على ما تقدم قال الإمامية فيمن تزوج أربعا ، ثم طلقهن فى مرضه، ثم تزوج أربعا ودخل بهن ،ومات فى السنة، مريضا،قبل أن تتزوج المطلقات ،ورث الثمان الثمن، أو الربع ،بالسوية . ولا يرث أزيد من أربع زوجات إلا هنا ، ولا يلحق الفسخ فى المرض؛ عملا بالأصل .

وقال العلامة الحلى : «يكره طلاق المريض ، ويقع لو طلق . ويرث زوجته فى العدة الرجعية . وترثه هى ولو كان الطلاق بائنا إلى سنة ، مالم تتزوج أو يبرأ من مرضه»[1]

طلاق الكافر

لم يشترط الإمامية فى المطلق سوى البلوغ والعقل والقصد والاختيار ومفاد ذلك أن طلاق الكافر لزوجته يقع .

طلاق المخطىء والفضولى والمدهوش

المذهب الحنفى

معنى الخطأ :

قال الحنفية : المخطىء هو من أراد التكلم بغير الطلاق فجرى على لسانه الطلاق . أو تلفظ بالطلاق غير عالم بمعناه،أو غافلا،أوساهيا[2]،أوبالفاظ مصحفة .

---

(١) المختصر النافع ص ١٩٩ .

(٢) فى المصباح ، الغفلة : غيبة الشىء عن بال الإنسان وعدم تذكره له . وفيه،أيضاً،سها عن الشىء يسهو : غفل قلبه عنه حتى زال عنه فلم يتذكره . وفرق بين الساهى والناسى . بأن الناسى إذا ذكر تذكر والساهى بخلافه ا هـ .

طلاق المخطىء يقع قضاء لا ديانة

قال الأحناف : من أراد أن يقول سبحان الله فجرى على لسانه : أنت طالق تطلق ؛ لأنه صريح لا يحتاج إلى النية . ويقع الطلاق قضاء لا ديانة ففي فتح القدير عن الحاوى معزيا إلى الجامع الاصغر أن أسدا سئل عن أراد أن يقول: زينب طالق، فجرى على لسانه: عمرة طالق على أيهما يقع الطلاق ؟ فقال : في القضاء تطلق التى سمى. وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما . أما التى سمى فلأنه لم يردها . وأما غيرها فلأنها لو طلقت طلقت بمجرد النية .

وقال الأحناف : لو تلفظ الرجل بألفاظ مصحفة نحو : طلاغ ، تلاغ وتلاك ، يقع الطلاق قضاء لا ديانة ونقل عن محمد رحمه الله عن أبى حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته اسقيني ماء، فقال «أنت طالق» ، وقع طلاقه . وعلل الأحناف لوقوع طلاق المخطىء بأنه ما فاته ليس إلا القصد ، وأنه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل (١) .

طلاق الفضولى موقوف

طلاق الفضولى صحيح موقوف على الإجازة بالقول أو بالفعل . والإجازة بالفعل يمكن أن تكون بأن يدفع إليها زوجها مؤخر صداقها بعدما طلق الفضولى . وقيل بعث المهر إليها ليس بإجازة للطلاق لوجوبه قبل الطلاق بخلاف النكاح .

طلاق المدهوش لا يقع

دهش بالكسر كفرح والمدهوش هو الرجل المتحير، أو من ذهب عقله من ذهل أو وله... جاء في المصباح : دهش دهشا، من باب تعب، ذهب عقله حياء وخوفا. اهـ ، قال ابن عابدين: «وهذا هو المراد هنا، ولذا جعله في البحر

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ١٠٠ — وابن عابدين جـ ٢ ص ٤٦٠ ، ٤٦١

داخلا فى المجنون ؛ قال فى الخيرية: غلط من فسره هنا بالتحير؛ إذ لا يلزم من التحير ،وهو التردد فى الأمر ، ذهاب العقل . وسئل نظما فيمن طلق زوجته ثلاثا فى مجلس القاضى وهو مغتاظ مدهوش ؛ فأجاب نظما،أيضاً: بأن الدهش من أقسام الجنون فلا يقع . وإذا كان يعتاده بأن عرف منه الدهش مرة يصدق بلا برهان . . .

وقال ابن عابدين : والذى يظهر لى أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم ما يقول ، بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل . كما هو المفتى به فى السكران على مامر . ولا ينافيه تعريف الدهش بذهاب العقل ؛ فإن الجنون فنون .ولذا فسره فى البحر باختلال العقل، وادخل فيه العته والبرسام والإغماءوالدهش .ويؤيد ماقلنا قول بعضهم : العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادرا والجنون ضده[1]».

طلاق الهازل واللاعب بالطلاق

لا يشترط الأحناف لوقوع الطلاق أن يكون الزوج جادا فى إيقاعه الطلاق؛وقالوا بوقوع طلاق الهازل بالطلاق ، واللاعب به واستدلوا لذلك بالسنةالتى منها :

١ — قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ثلاث جدهن جد،وهزلهن جد ... النكاح والطلاق والعتاق » . وفى رواية:«النكاح والطلاق والرجعة»

وجه الاستدلال :

أبان رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أن كلا من النكاح والطلاق والعتاق ينعقد من الموجد له سواء قصد إليه وعمد إلى إيجاده ، أو لم يكن يقصد ، بل كان

(١) ابن عابدين جـ ٢ ص ٤٦٢ ، ٤٦٣ .

هازلا حينما أوجد ما تنعقد به هذه الأمور. فالحديث يفيد أن الهازل بالطلاق يقع طلاقه متى تحقق منه ركن الطلاق. والرواية الثانية للحديث تنص على أن الرجعة تتم من الهازل كما يتم نكاحه ويقع طلاقه.

٢ — ما روى عن أبى الدرداء أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «من لعب بطلاق أو عتاق لزمه».

٣ — قال الأحناف: إنه قد قيل إن قوله تعالى: «ولا تتخذوا آيات الله هزوا» نزلت فى الهازل بطلاقة أو فى عتاقه، فقد كان الرجل، فى الجاهلية، يطلق امرأته، ثم يراجع؛ فيقول: كنت لاعبا، ويعتق عبده ثم يرجع فيقول: كنت لاعبا. فنزلت الآية. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من طلق، أو حرر، أو نكح، فقال: إنى كنت لاعبا فهو جائز منه».

وجه الاستدلال:

فى قوله، صلوات الله وسلامه عليه: «من لعب بطلاق أو عتاق لزمه» نص قاطع فى أن اللاعب بالطلاق يلزمه طلاقه ويقع الطلاق مترتبا عليه آثاره الشرعية. وكذلك من لعب بالعتق. منعا للإضرار بالغير، واحتراما للحقوق المكتسبة. أما قوله صلى الله عليه وسلم: «من طلق، أو حرر، أو نكح، فقال: إنى كنت لاعبا فهو جائز منه» فهو يفيد تأكيد الحكم المستفاد من الحديث السابق.

وخلاصة ما يستفاد من هذه الأحاديث أنها اتفقت على أن الجدية لا تشترط لوقوع طلاق المطلق [1].

المذهب المالكى

طلاق المخطىء:

يرى المالكية أن القصد ركن من أركان الطلاق. وقد فسروا القصد

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٠٠

قائلين : إنه قصد اللفظ فى الصريح أو فى الكناية ، أو قصد حل العصمة فى الكناية الخفية . وقد بينا رأى المالكية فى طلاق المخطىء عند بيان ركن القصد ، ولذلك لا داعى لتكراره هنا .

طلاق الهازل:

المشهور فى مذهب المالكية وقوع طلاق الهازل . وضربوا مثالا بينوا به معنى الهزل؛ فقالوا : والهزل فى الطلاق كأن يخاطب زوجته بلفظ الطلاق على سبيل المزاح والملاعبة ، سواء أكان خطابه لها بلفظ الطلاق أم بالكناية الظاهرة ؛ كقوله لها انت برية ، أو خلية .

واستدل المالكية لرأيهم بما لا يخرج عما استدل به الأحناف [٢].

المذهب الشافعي

طلاق المخطىء :

قصد الطلاق ركن من أركان الطلاق عند الشافعية ، ولهذا قالوا : لو سبق لسان الرجل بطلاق بلا قصد لحروف الطلاق ولا لمعناه، لغا ما سبق لسانه إليه ؛ لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق » . ومثل ذلك ما إذا تلفظ بالطلاق حاكيا كلام غيره. وكذا الفقيه إذا تكرر منه لفظ الطلاق فى درسه وتصويره ؛ وقال الشافعية : إن من ادعى أن لسانه قد سبق بالطلاق لا يصدق فى هذا الادعاء الا بقرينة ؛ لتعلق حق الغير به ، ولأن الظاهر الغالب أن البالغ العاقل لا يتكلم بكلام إلا ويقصده . ومن القرائن التى يستدل بها على صدق ما يدعيه مالو دعاها، بعد طهرها من الحيض إلى فراشه،

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٦ .

فأراد أن يقول لها: أنت اليوم طاهرة فسبق لسانه، فقال:أنت اليوم طالقة.

وقال الشافعية أيضاً : لو أن لرجل زوجة اسمها طالق فقال : يا طالق وقصد النداء لم تطلق؛ لأن اسمها كذلك قرينة تسوغ تصديقه[1] .

الخطأ فى الشخصية :

لكن الشافعية قالوا: لوأن رجلا خاطب امرأته بطلاق وهو يظنها أجنبية بأن كانت فى ظلمة أومن وراء حجاب ، أوكان قد أنكحها له وليه أو وكيله ، ولم يعلم بالنكاح ، أو نسيه أو نحو ذلك، وقع الطلاق[2].

طلاق الهازل واللاعب :

يرى الشافعية ، كما يرى الحنفية والمالكية، وقوع طلاق الهازل بالطلاق، وهو من يقصد التلفظ بالطلاق دون معناه. وكذا طلاق اللاعب بالطلاق؛ وهو من لا يقصد شيئاً كرجل تقول له زوجته، فى معرض دلال أوملاعبة أو استهزاء ا طلقنى؛ فيقول لها لاعباً أو مستهزئاً طلقتك[3]

الدليل :

استدل الشافعية بالسنة التى منها قول الرسول ، صلى الله عليه وسلم : « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد: الطلاق ، والنكاح ، والرجعة » قال البغوى : خص فى الحديث الثلاث لتأكد أمر الفرج ،وإن كان البيع وسائر التصرفات تنعقد بالهزل على الأصح اه

كما استدل الشافعية بالمعقول ، فقالوا :

إن الهازل أو اللاعب بالطلاق قد أوقع الطلاق فى محله وظن غير الواقع لا يدفعه .

(١ ، ٢ ، ٣) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للعلامة الشيخ محمد الشربينى الخطيب جـ٣ ص ٢٨٨

المذهب الحنبلي

طلاق المخطيء :

قال أبو بكر :لاخلاف عن أبي عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته: اسقيني ماء، فسبق لسانه؛ فقال:أنت طالق،أوأنت حرة — أنه لا طلاق فيه. ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير ما فى قلبه، فقال : أرجو أن يكون الأمر واسعا... وهل تقبل دعواه فى الحكم ؟ ينظر؛ فإن كان فى حال الغضب ، أو سؤالها الطلاق ،لم يقبل فى الحكم ؛لأن لفظه ظاهر فى الطلاق ، وقرينة حاله تدل عليه ، فكانت دعواه بمخالفة للظاهر من وجهين، فلا تقبل . وإن لم تكن فى هذه الحال فظاهر كلام أحمد، فى رواية منصور وأبي الحارث ،أنه يقبل قوله ؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد . وقال القاضى : فيه روايتان : هذه التى ذكرنا ؛ قال : وهى ظاهر كلام أحمد . (والثانية) لايقبل قوله ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر فى العرف، فلم يقبل فى الحكم ،كما لو أقر بعشرة ،ثم قال : زيوفا ، أو صغارا،أو إلى شهر[١] .

الخطأ فى الشخصية :

١ — وإن أشار إلى عمرة فقال : يا حفصة أنت طالق، وأراد طلاق عمرة، فسبق لسانه إلى نداء حفصة ـ طلقت عمرة وحدها ؛ لأنه لم يرد بلفظه الا طلاقها ، وإنما سبق لسانه إلى غير ما أراده فأشبه مالو اراد أن يقول : أنت طاهرة فسبق لسانه إلى أنت طالق . وإن أتى باللفظ مع علمه أن المشار إليها عمرة طلقتامعا؛ عمرة بالاشارة إليها وإضافة الطلاق إليها،وحفصه بنيته

---

(١) المغنى لابن قدامة [illegible]

وبلفظه بها ، وإن ظن أن المشار إليها حفصة طلقت حفصة وفى عمرة روايتان كالتى قبلها .

٢ — وإن لقى أجنبية ظنها زوجته؛ فقال: فلانه... أنت طالق، فإذا هى أجنبية، طلقت زوجته ... نص عليه أحمد ؛ لأنه قصد زوجته بلفظ الطلاق فطلقت، كما لو قال: علمت أنها اجنبية وأردت طلاق زوجتى. وإن قال لها: أنت طالق ولم يذكر اسم زوجته احتمل ذلك أيضا ، لأنه قصد امرأته بلفظ الطلاق، واحتمل ألا تطلق ، لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولا ذكر اسمها معه . وأن علمها أجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت ، وان لم يردها بالطلاق لم تطلق .

٣ — ومن لقى امرأته فظنها أجنبية فقال . تنحى يا مطلقة لا يقع طلاقه بذلك ؛ قال أبو بكر ؛ لأنه لم يرد بقوله هذا طلاقا لزوجته كسبق اللسان إلى مالم يرده . وقيل تطلق لعدم العادة بالمخاطبة بقوله : يامطلقه[1] .

الظاهرية

طلاق المخطىء

ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه فإن قامت عليه بينة . قضى عليه بالطلاق وإن لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتيا لم يلزمه الطلاق . قال ابن حزم فى رجل سمى امرأته : خلية طالق ، وناداها بهذا الإسم ، لايقع طلاقه ، حتى ولو قامت به بينة . وقال : قد روى قولنا عن إياس بن معاوية .

الدليل

واستدل الظاهرية بالكتاب والسنة وقضاء الصحابة

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ص ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

أما الكتاب:

فقوله تعالى: « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم » (١) .

وجه الاستدلال :

نفى الله الجناح والإثم عن الفعل الذى يقع خطأ من المكلف . وجعل الجناح مترتبا على القصد والعمد فى الأفعال. واعتبر النص :الفعل لاغيا فى حالة وقوعه عن غير قصد، وبذلك لا يقضى على من طلق غير قاصد إلى الطلاق، لكن أخطأ لسانه ، إلا اذا قامت بينة على أنه عامد لا مخطىء .

أما السنة:

فمنها قول الرسول صلوات الله وسلامه عليه : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل أمرىء مانوى » .

وجه الاستدلال:

بين الحديث أن لا عمل إلا بنية فإذا ما قامت بينة، على أنه نوى الطلاق، فإنه حق قد ثبت . وهو، فى قوله : لم أنو الطلاق ، مدع بطلان ذلك الحق ، الثابت فدعواه باطلة .

وأما قضاء الصحابة :

فما روى من طريق وكيع عن ابن أبى ليلى عن الحكم بن عتيبة عن خيثمة ابن عبد الرحمن قال : « قالت امرأة لزوجها : سمنى فسماها الظبية ، قالت: ما قلت شيئا ؛ قال : فهات ما أسميك به؛ قالت : سمنى خلية طالق؛ قال : فأنت خلية طالق . فأتت عمر بن الخطاب، فقالت : إن زوجى طلقنى؛ فجاء زوجها

---

(١) الآية رقم ٥ من سورة الأحزاب .

بقص عليه القصة فأوجع عمر رأسها ، وقال لزوجها : خذ بيدها وأوجع رأسها [١] .

الوكالة فى الطلاق

قال ابن حزم : لاتجوز الوكالة فى الطلاق ؛ لأن الله، عز وجل، يقول : « ولا تكسب كل نفس إلا عليها [٢] » فلا يجوز عمل أحد عن أحد إلا حيث أجازه القرآن أو السنة الثابتة عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، ولا يجوز كلام أحد عن كلام غيره إلا حيث أجازه القرآن أو سنة عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم . ولم يأت فى طلاق أحد عن أحد بتوكيله إياه قرآن ولا سنة ، فهو باطل. والمخالفون لنا أصحاب قياس بزعمهم ، وبالضرورة يدرى كل واحد أن الطلاق كلام ، والظهار كلام ، واللعان كلام ، والإيلاء كلام ؛ ولا يختلفون فى أنه لا يجوز أن يظاهر أحد عن أحد ، ولا أن يلاعن أحد عن أحد، ولا أن يولى أحد عن أحد ، لا بوكالة ولا بغيرها، فهل قاسوا الطلاق على ذلك ؟ ولكن ... لا النصوص يتبعون، ولا القياس يحسنون ...

وقال ابن حزم: إن كل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فإنه خاطب به الأزواج لا غيرهم، فلا يجوز أن ينوب غيرهم عنهم، لا بوكالة ولا بغيرها؛ لأنه يكون تعديا لحدود الله عز وجل وقد قال الله تعالى : «ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون ». وقال الله تعالى : «وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمرا أن يكون لهم الخيرة من أمرهم » . فلا خيار لأحد فى خلاف ما جاء به النص . وما نعلم إجازة التوكيل فى الطلاق عن أحد من المتقدمين ، الا عن إبراهيم والحسن .

الطلاق بالكتابة :

يرى الظاهرية أن الطلاق بطريق الكتابة إلى الزوجة بالطلاق لا يقع ،

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٠ مسألة رقم ١٩٦٤
(٢) الآية رقم ١٦٤ من سورة الأنعام

قال ابن حزم : (ومن كتب إلى امرأته بالطلاق فليس شيئاً) واستدل لذلك بما روى عن الحسن فى رجل كتب بطلاق امرأته ثم محاه، فقال : ليس بشىء إلا أن يمضيه أو يتكلم به. كما روى الشعبي مثل هذا ؛وقال : وقد صح، أيضا عن، قتادة[1] .

الشيعة الإمامية

طلاق المخطىء :

يشترط الشيعة الإمامية فى المطلق أن يقصد الطلاق ـ ولذا قال العلامة الحلى : « ولا يصح طلاق المغضب مع ارتفاع القصد »[2]

ومثل هذا جاء فى الروضة البهية : فقد جاء فيها : « والقصد ؛ فلا عبرة بعبارة الساهى والنائم والغالط . والفرق بين الأول والأخير أن الأول لاقصد له مطلقاً ، والثانى له قصد إلى غير من طلقها ، فغلط وتلفظ بها. ومثله مالو ظن زوجته أجنبية بأن كانت فى ظلمة؛ فقال لها: أنت طالق فهو وإن قصد الشخص لكن قصده على تقدير كونها غير زوجته . وكذا لو زوجه بها وليه أو وكيله ولم يعلم بوقوع العقد وخاطبها بالطلاق فإنه لم يقصد طلاق زوجته ، ويصدق الزوج ، فى ظنه ، ظاهرا وفى عدم القصد لو ادعاه مالم تخرج العدة الرجعية . ولا يقبل فى غيرها إلا مع اتصال الدعوى بالصيغة ، وأطلق جماعة من الأصحاب قبول قوله فى العدة من غير تفصيل »[3]

---

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ١٩٦ ، ١٩٧

(٢) المختصر النافع للحلى ص ١٩٧

(٣) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى جـ٢ ص١٤٩ .

طلاق المكره

المذهب الحنفي

معنى الإكراه :

الإكراه في اللغة حمل الإنسان على شيء يكرهه .

والإكراه في عرف الشرع ، هو : فعل يوجد من المكره ، فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا إلى الفعل الذي طلب منه .

أنواعه :

والإكراه نوعان : تام وناقص .

١ — والإكراه التام ، وهو الملجيء ، بتلف نفس أو عضو أو بعض عضو أو ضرب مبرح[١] .

٢ — والإكراه الناقص ، وهو غير الملجيء ، كالتخويف بالحبس ، والقيد ، والضرب اليسير .

الشروط التي يتحقق بوجودها الإكراه :

شروط الإكراه أربعة :

١ — قدرة المكره على إيقاع ما هدد به ، سلطانا أو لصا[٢] وهذا عند

---

(١) الضرب المبرح هو الموقع في البرح . والبرح الشدة والشر؛ قال صاحب الشرنبلالية : هو الضرب الذي يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه .

(٢) المراد من اللص . قيل : هو السارق ، وقيل هو الظالم المتغلب غير السلطان (حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٨٧) .

الصاحبين (أبي يوسف ومحمد) وعند أبي حنيفة لا يتحقق الإكراه إلا من السلطان ؛ لأن القدرة لا تكون بلا منعة والمنعة للسلطان . وقال فقهاء الأحناف : إن الخلاف حقيقة بين الإمام وصاحبيه في هذا الشرط هو اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حجة وبرهان ؛ لأن زمانه لم يكن لغير السلطان من القوة ما يتحقق به الإكراه. فأجاب بناء على ما شاهد . وفي زمان الصاحبين ظهر الفساد وصار الأمر إلى كل متغلب فيتحقق الإكراه من الكل ، سلطانا ، ولصا . والفتوى على قولهما .

٢ — خوف المكره (بفتح الراء) بناء على غالب ظنه إيقاع المكره (بكسر الراء) ما هدد به في الحال ، وقيل : أنه لو هدده بتلف بعد مدة وغلب على ظنه إيقاعه به صار هذا من الإكراه الملجىء . والبعض قال : إن هذا يكون من قبيل الإكراه الملجىء طالما كان المكره موجوداً عند المكره (بفتح الراء) وإلا لا[1] .

٣ — كون الشيء المكره به متلفاً نفساً حقيقة أو حكما ، كتلف كل المال فإنه شقيق الروح ، أو متلفاً عضواً أو موجباً غماً يعدم الرضا (وهذا أدنى مراتب الإكراه الملجىء) .

٤ — أن يكون المكره ممتنعاً عما أكره عليه قبله ، إما لحقه ، أو لحق شخص آخر (كمن يكره على إتلاف مال غيره) أو لحق الشرع (كمن يكره على الزنا أو شرب الخمر) .

التهديد بالحبس أو القيد المديد

قال الأحناف : إن التهديد بالحبس ، إذا كان بأزيد من يوم يعتبر من

---

(١) المصدر السابق .

قبيل الإكراه الملجىء ، وكذا التهديد بالقيد لمدة أزيد من يوم (هكذا يستفاد من العينى ، والزيلعى[١]) . ولم يجعل الزيلعى التهديد بحبس الوالدين والأولاد من قبيل الإكراه ؛ لأنه ليس بملجىء ، ولا يعدم الرضا ، بخلاف التهديد بحبسه هو . وقيل التهديد بحبس الأب كالتهديد بحبسه هو ، فيعتبر من قبيل الإكراه ، استحساناً بخلاف التهديد بحبس الابن . لكن المعتمد كما قال الطورى ، أنه لافرق بين حبس الوالدين والولد فى وجه الاستحسان ومثلهما كل ذى رحم محرم .

التهديد بحبس يوم أو بالقيد يوماً

وقال الأحناف : إن التهديد بالحبس يوماً أو القيد يوماً أو الضرب غير الشديد لغير ذى جاه لايعتبر إكراهاً . لأنه لايفوت به الرضا . أما التهديد بالضرب اليسير لذى الجاه فهو من قبيل الإكراه؛ لأن ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضا . وأضاف بعض فقهاء الأحناف إلى هذا النوع . ذى الضعف الذى لا يحتمل الضرب فإن التهديد به يعتبر إكراها ، لشدة ضرره بالنسبة له[٢] .

مدى إفساد الإكراه للرضا والاختيار:

الإكراه بنوعيه يعدم الرضا . لكن الإكراه الملجىء ، وهو الكامل ، يوجب الإلجاء ويفسد الاختيار ، فينقل الفعل إلى الحامل المكره فيما يصلح أن يكون المكره آله للحامل ، كأنه فعله بنفسه كإتلاف النفس والمال ، وما لا يصلح أن يكون آلة له اقتصر على المكره كأنه فعله باختياره مثل الأقوال والأكل ؛ لأن الإنسان لايتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره ،

---

(١) حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٨٨ .

(٢) المصدر السابق .

فلا يضاف إلى غير المتكلم والآكل، إلا إذا كان فيه إتلاف فيضاف إليه من حيث الاتلاف لصلاحية المكره ليكون آلة للمكره فيما أكره عليه من هذا الأمر .

فالمكره بملجىء معدوم رضاه كاره للفعل فاسد اختياره مجبر على الفعل . أما المكره بغير ملجىء فهو كاره للفعل لكنه مختار . أما المكره نتيجه تهديده بالقتل ،فهو كاره للفعل لا رضاء له به واختياره له غير صحيح.

أمر السلطان إكراه

وقال الأحناف : إن أمر السلطان إكراه وإن لم يتوعده . أما أمر غيره فلا ، إلا إذا علم المامور ، بدلالة الحال أنه لو لم يمتثل أمره يقتله ، أو يقطع يده ، أو يضربه ضربا يخاف منه على نفسه .

طلاق المكره يقع

قال الأحناف : بوقوع طلاق المكره ، إذ الأصل أن كل ما يصح مع الهزل يصح مع الإكراه ؛ لأن ما يصح مع الهزل لا يحتمل الفسخ ، وكل ما لا يحتمل الفسخ لا يؤثر فيه الإكراه .والطلاق مما لا يؤثر فيه الهزل؛ لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ثلاث جدهن جد ،وهزلهن جد...النكاح ، والطلاق ، والعتاق » .

المذهب المالكى

تكلم المالكية عن الحالات التى يقع فيها طلاق المكره والحالات التى لا يقع فيها طلاقه ، وذلك عند بيانهم لركن القصد فى الطلاق. وقد أغنى ذلك [illegible] ذكره هنا .

المذهب الشافعى

ما يحصل به الإكراه :

يحصل الإكراه بالتهديد بأمر محذور ؛ كضرب شديد ، أو حبس ، أو إتلاف مال ، ونحو ذلك .

شروط الإكراه :

اشترط الشافعية لتحقق الإكراه الشروط الآتية :

١ — قدرة المكره (بكسر الراء) على تحقيق ما هدد به المكره (بفتح الراء) تهديداً عاجلا سواء كانت قدرته على ذلك نتيجة تسلطه ظلماً بولاية ، أو تغلب .

٢ — عجز المكره عن دفع المكره ، ولو بهرب أو استغاثة بغيره .

٣ — ظن المكره أنه إن امتنع من فعل ما أكره عليه حقق المكره ما هدد به .

٤ — أن يكون التهديد بما يخوف كضرب شديد،أوحبس ، أو إتلاف مال، أو نحو ذلك، مما يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه.وقيل: يشترط أن يكون التهديدبقتل نفس المكره فقط . وقيل:أوبقطع طرف من أطرافه ،أو بضربه ضرباً يفضى إلى القتل . والتهديد بما عدا ذلك لا يكون تهديداً ، يمنع من هدد به على إيقاع الطلاق ، فأوقعه ، من وقوع طلاقه لكن صاحب المنهاج اختار الرأى الأول ؛ وقال:إن الشرط هو أن يكون التهديد بمخوف سواء كان بالقتل ، أو بقطع طرف من الأطراف ، أو بالضرب الشديد ، أو بالحبس ، أو بإتلاف المال ، ونحو ذلك[١] .

---

(١) الإقناع فى حل ألفاظ أبى شجاع ج ٢ ص ١٦٤ — ومغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٩٠ .

الإكراه بلاحق لايقع معه الطلاق

وقال الشافعية: لايقع طلاق مكره بغير حق . أما لو أكره على الطلاق بحق وقع طلاقه. وصور بعض الشافعية الإكراه على الطلاق إكراهاً بحق بصورة ما إذا أكره القاضى المولى بعدمدة الإيلاء على طلقة واحدة حيث لم يفىء إليها بعد تمكنه من الفىء وقد اعترض على هذا المثال بعدة اعتراضات وقال صاحب المغنى : والأصح أن الحاكم هو الذى يطلق على المولى الممتنع كما سيأتى فى بابه . وحينئذ فلا إكراه، أصلاحتى يحترزعنه بعبارة: بغير حق.

اختيار المكره الطلاق

قال الشافعية ، إذا وجدت من المكره قرينة تدل على اختياره للطلاق بأن كان أكره على ثلاث فطلق واحدة « أو أكره على أن يطلق زوجته بصريح الطلاق ، أو يعلق طلاقه لها على شرط فطلقها كناية ونوى الطلاق، أوطلقها متجزاً « أو أكره على طلاق زوجته كناية فصرح بالطلاق ، أو أكره على أن يطلقها واحدة فطلقها ثلاثا ، أو يطلقها منجزا فطلقها معلقاً طلاقه على شرط — فالطلاق فى كل هذه الحالات يقع منه؛ لأن مخالفته ما أمره به مكرهه دلت وأشعرت باختياره فيما أتى به .

اختلاف الإكراه باختلاف الأشخاص والأسباب

قال صاحب المغنى[١] : « ويختلف الإكراه باختلاف الأشخاص . والأسباب المكره عليها ؛ فقد يكون الشىء إكراها فى شخص دون آخر، فالإكراه بإتلاف مال لا يضيق على المكره (بفتح الراء)، كخمسة دراهم فى حق الموسر ، ليس بإكراه على الطلاق؛ لأن الإنسان يتحمله ولا يطلق بخلاف المال الذى يضيق عليه . والحبس فى الوجيه إكراه وإن قل كما قاله الأذرعى.

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٢ صـ ٢٩٠ للفقيه الشيخ محمد الشربينى الخطيب

والضرب اليسير فى أهل المروءات إكراه . والتهديد بقتل أصله، وإن علا، أو فرعه ، وإن سفل ، إكراه بخلاف ابن العم ونحوه . بل يختلف ذلك باختلاف الناس »(١).

لا يقع طلاق المكره ولو ترك التورية :

قال الشافعية: لا يشترط فى عدم وقوع طلاق المكره التورية(٢) كأن ينوى بقوله طلقت زينب مثلا امرأة أخرى غير زوجته ، أو ينوى بالطلاق : المعنى اللغوى وهو حل الوثاق ، أو يتلفظ سراً «إن شاء الله» بحيث لم يسمعه المكره ؛ وقيل : إن ترك المكره التورية بلا عذر له فى تركها وقع طلاقه لإشعاره بالاختيار . أما لو تركها لعذر كدهشة ، لم يقع الطلاق قطعاً(٣).

فروع

قال الشافعية : لو أن اللصوص قالوا لشخص: لن نخليك حتى تحلف بالطلاق أنك لا تخبر بنا فحلف بذلك، فهو إكراه منهم له على الحلف، فإذا أخبر بهم لم يقع عليه طلاق . أما لو أكره ظالم شخصاً على أن يدله على رجل أو على ماله ، فأنكر معرفته، محله فلم يخله حتى يحلف له بالطلاق. فحلف به كاذباً أنه لا يعلمه فإن طلاقه ، يقع فى هذه الحالة : لأنه ، فى الحقيقة، لم يكره على الطلاق ، بل خير بينه وبين الدلالة على الرجل ؛ أو على ماله .

الادلة

استدل الشافعية بالسنة ، والمعقول

أما السنة :

فمنها : قوله صلى الله عليه وسلم : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

(١) هو العلامة الشيخ محمد الشربينى الخطيب صاحب مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج .
(٢) ضابط التورية هى أن ينوى ما لو صرح به لقبل ولم يقع الطلاق .
(٣) المصدر السابق .

٢ — قوله صلى الله عليه وسلم: « لا طلاق فى إغلاق » أى إكراه رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده على شرط مسلم .

وجه الاستدلال :

الحديث الأول يفيد نفى الآثار المترتبة عن فعل يصدر نتيجة إكراه سواء كان هذا الفعل تطليقاً أو غيره . ومعنى هذا إلغاء الطلاق الصادر من المكره نتيجة إكراهه على الإتيان به .

أما الحديث الثانى فهو صريح فى نفى الحكم المترتب على الطلاق الصادر عن إكراه ، لأن نفى القول بعد وجوده غير ممكن فينصب النفى على آثار الفعل ومفاد ذلك إلغاء حكم الطلاق الصادر نتيجة الإكراه .

وأما المعقول:

فقد قال الشافعية: إن ما تلفظ به المكره لاعتبار له؛ لأنه لا اختيار له نتيجة إكراهه بما يخوف، ومتى انعدم الاختيار صار ما صدر عن المكره من طلاق فى حكم العدم، فلا يعتد به ولا يترتب عليه آثاره، بدليل أنه لو أكره الإنسان على الإسلام بغير حق لا يصح إسلامه كإكراه الذمى على الإسلام .

المذهب الحنبلى

لا يختلف رأى الحنابلة عن رأى الشافعية فى القول بعدم وقوع طلاق المكره إذا كان الإكراه بغير حق . كما قالوا كالشافعية ، إن الإكراه بحق لا يمنع من وقوع الطلاق. ومثلوا لهذه الحالة بحالة إكراه الحاكم الرجلين اللذين زوجها وليان ولا يعلم السابق منهما على الطلاق فان طلاقهما يقع مع الإكراه عليه وعللوا لذلك، فقالوا : إنه قول حمل عليه بحق فصح؛ كإسلام المرتد إذا أكره عليه ؛ ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه ، فلو لم يقع لم يحصل المقصود[1] .

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٨ ص ٢٦٠ — والشرح الكبير على هامش المغنى جـ٨ ص ٢٤٢ — ٤٤ .

لا بد من أن ينال المكره شيء من العذاب

وقال الحنابلة . لا يكون المكرَه مكرَها حتى يُنَالَ بشيء من العذاب مثل الضرب ، أو الخنق ، أو عصر الساق وما أشبهه ولا يكون التواعد كرها .

الأدلة

استدل الحنابلة على أن طلاق المكره بغير حق لا يقع بما استدل به الشافعية من قول الرسول صلى الله عليه وسلم : « إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » رواه ابن ماجة . وبما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا طلاق فى إغلاق » أى إكراه .

وزاد الحنابلة على ما تقدم أن كثيرا من الصحابة قد قالوا بذلك ولا مخالف لهم فى عصرهم ، فيكون إجماعا . كما قالوا : إن الطلاق الصادر من المكره قول حمل عليه بغير حق ، فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها .

واستدل الحنابلة على أنه لابد وأن ينال المكره بشيء من العذاب بما روى أن المشركين أخذوا عمارا فأرادوه على الشرك فأعطاهم فانتهى إليه النبى، صلى الله عليه وسلم، وهو يبكى، فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول: «أخذك المشركون فغطوك فى الماء، وأمروك أن تشرك بالله، ففعلت فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم» رواه أبو حفص بإسناده ، كما استدلوا بقول عمر رضى الله عنه : « ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أجعته ، أو ضربته ، أو وثقته » وهذا يقتضى وجود فعل يكون به إكراها .

مدى تحقق الإكراه بالوعيد

قال الحنابلة: فى الوعيد بمفرده، دون أن ينال المكره شىء من العذاب، كالضرب، أو الخنق فى تحقق الإكراه به أو عدم تحققه، يروى عن أحمد فى ذلك روايتان.

إحداهما ، أن الوعيد بمفرده ، ليس باكراه . واستدل للرأى الوارد فى هذه الرواية بأن الذى ورد به الشرع بالرخصة معه هو ما ورد فى حديث عمار وفيه : « إنهم أخذوك فى الماء » فلا يثبت الحكم إلا فيما كان مثله .

والثانية : أن الوعيد ، بمفرده إكراه . وقال فى رواية ابن منصور : حد الإكراه إذا خاف القتل ، أو ضربا شديدا . وإستدل لهذا الرأى بأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد فإن الماضى من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ، ولا يخشى من وقوعه . وإنما أبيح له فعل المكره عليه دفعاً لما يتوعد به من العقوبة فيما بعد ، وهو فى الموضعين واحد، ولأنه متى توعد بالقتل، وعلم أنه يقتله ، فلم يبح له الفعل ، فسيفضى ذلك إلى قتله، وإلقائه بيده إلى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالإكراه شيئا ، لأنه إذا طلق فى هذه الحالة وقع طلاقه ، فيصل المكره إلى مراده ويقع الضرر بالمكره . وثبوت الإكراه فى حق من نيل بشىء من العذاب لا ينفى ثبوت الإكراه فى حق غيره . وقد روى عن عمر ، رضى الله عنه ، فى الذى تدلى يشتار عسلا فوقفت امرأته على الحبل ، وقالت: طلقنى ثلاثا، وإلا قطعته ، فذكرها الله والإسلام فقالت : لتفعلن، أو لأفعلن فطلقها ثلاثاً، فرده إليها . رواه سعيد بإسناده . وهذا كان وعيدا(١) .

شروط الإكراه

قال الحنابلة : إن من شرط الإكراه ثلاثة أمور :

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ص حـ ٨ . ٢٦٠ و ٢٦١ — والشرح الكبير على متن المقنع للشيخ شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر بن أحمد بن قدامة المقدسى حـ ٨ ص ٢٤٤ على هامش المغنى لابن قدامة .

(أحدها) : أن يكون الإكراه من قادر بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه.

(الثانى) : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ماطلبه .

(الثالث) : أن يكون الإكراه بما يستضر به ضررا كثيرا كالقتل والضرب الشديد ، والقيد ، والحبس الطويلين .

السب والشتم

قال الحنابلة: السب والشتم لا يتحقق بهما إكراه. وكذلك التهديد بأخذ المال. أما التهديد بالضرب اليسير فى حق من لا يبالى به فليس بإكراه. وأما بالنسبة لذوى المروءات فإن وقع على وجه يكون إخراقا بصاحبه ، وغضا له ، وشهرة فى حقه، فهو كالضرب الكثير فى حق غيره.

التهديد بتعذيب الولد

يرى جمهور الحنابلة أن الأولى أن يكون التوعد بتعذيب الولد إكراها؛ لأن ذلك عند الأب أعظم من أخذ ماله، والوعيد بذلك إكراه ، فكذلك هذا . وهناك رأى آخر بأن هذا التوعد ليس بإكراه ؛ لأن الضرر لاحق بغير المكره[١] .

الخطأ وقت الإكراه

قال الحنابلة : إن الخطأ وقت الإكراه لا يأخذ حكم الفعل الذى وقع بسبب الإكراه ؛ فمن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها، وقع؛ لأنه غير مكره عليه . وإن أكره على طلقة فطلق ثلاثا وقع أيضا ؛ لأنه لم يكره على الثلاث وإن طلق من أكره على طلاقها وغيرها ، وقع طلاق غيرها دونها .

من قصد الطلاق دون دفع الإكراه

من خلصت نيته فى الطلاق دون دفع الإكراه وقع طلاقه لأنه قصده

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى حـ ٨ ص ٢٦٢ ــ الشرح الكبير على هامشه ص ٢٤٥ .

واختاره . ويحتمل ألا يقع ؛ لأن اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى إلا مجرد النية فلا يقع بها طلاق .

القول قول المكره فى تأوله

ومن طلق امرأته مكرها على طلاقها ونوى بقلبه غير امرأته ، أو تأول فى يمينه فله تأويله ويقبل قوله فى نيته ؛ لأن الإكراه دليل له على تأويله ، وإن لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لأنه معذور، فهو مكره على الطلاق لعموم الأدلة التى تشمل مثل هذه الحالة ضمن حالات الإكراه ، ولأنه قد لا يحضره التأويل فى تلك الحال فتفوت الرخصة[1] .

الظاهرية

وبمثل قول الشافعية والحنابلة قال الظاهرية... قال ابن حزم : وطلاق المكره غير لازم له . ثم ذكر أدلة لقوله لا تخرج عما ذكره الشافعية والحنابلة من أدلة ، ثم قال : إن علينا إيراد البرهان بحول الله وقوته على بطلان طلاق المكره : فمن ذلك . قول الرسول، صلى الله عليه وسلم. «إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء مانوى » فصح أن كل عمل بلا نية فهو باطل لا يعتد به . وطلاق المكره عمل بلا نية ، فهو باطل . وإنما هو حاك لما أمر أن يقوله فقط . ولا طلاق على حاك كلاما لم يعتقده وقد صح عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم : « إن الله تجاوز لأمتى عن الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه » .

ثم اعترض ابن حزم على من قال بوقوع طلاق المكره ، فقال : ومن أعظم تناقضهم أنهم يجيزون طلاق المكره ونكاحه وإنكاحه ورجعته وعتقه،

(١) المغنى لابن قدامة ا [illegible] حـ ٨ ص ٢٦١ ، ٢٦٢ والشرح الكبير على هامشه حـ ٨ ص ٢٤٦

ولا يجيزون بيعه ولا ابتياعه، ولا هبته، ولا إقراره . وهذا تلاعب بالدين، ونعوذ بالله من الخذلان [١] .

الشيعة الإمامية

قال الإمامية : لا بد لوقوع الطلاق من وجود الاختيار من المطلق ، فلا يقع طلاق المكره ، كما لا يقع شيء من تصرفاته عدا ما استثنى .

مدى تحقق الإكراه :

يرى الإمامية أن الإكراه يتحقق بتوعد المكره المكره بما يكون مضرابه فى نفسه أو من يجرى مجراه بحسب حاله بالشروط الآتية :

١ — أن يكون المتوعد قادرا على فعل ما توعد به .

٢ — علم المكره (بفتح الراء)، أوظنه، بأن المتوعد يفعل به ما توعد به لو لم يفعل ما أمره به .

التهديد بالقتل أو الجرح أو بإتلاف المال :

يرى الإمامية أن التهديد بالقتل أو الجرح أو أخذ المال ، وإن قل، هو إكراه . ويستوى فى هذا التهديد جميع الناس .

أما التهديد بالشتم والضرب والحبس فيختلف الأمر ، فى هذه الأمور، باختلاف الناس؛ فقد يؤثر قليلها فى الوجيه الذى ينقصه ذلك . وقد يحتمل بعض الناس شيئاً منها لا يؤثر فى قدره ، والمرجع فى ذلك إلى العرف .

وقال الإمامية بعدم تحقق الإكراه فيمن أكره على تطليق زوجته فطلقها ، لا دفعا للإكراه ، بل قاصدا إلى الطلاق راغبا فيه . أو أكره على طلاق زوجة معينة فطلق غيرها، أو على أن يطلق زوجته طلقة واحدة فطلقها أزيد من واحدة .

وقالوا بوقوع الطلاق فى هذه الحالات .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٣ — ٢٠٥ .

طلاق الساهى ، والنائم ، والغالط :

كما يرى فقهاء الإمامية عدم الاعتداد بعبارة الساهى والنائم والغالط وإلغاء الطلاق الصادر من كل واحد من هؤلاء الثلاثة لعدم القصد الذى هو ركن من أركان الطلاق عندهم ، وقالوا : إن الفرق بين الساهى والغالط أن الساهى لا قصد له مطلقاً. أما الغالط فله قصد إلى غير من طلقها فغلط، وتلفظ بها، كما لو ظن زوجته أجنبية بأن كانت فى ظلمة فقال لها: أنت طالق؛ فهو وإن قصد الشخص لكن قصدها على تقدير كونها غير زوجته.. وكذا لو زوجه بها وكيله أو وليه ولم يعلم بوقوع العقد وخاطبها بالطلاق فإنه لم يقصد طلاق زوجته .

طلاق السكران

المذهب الحنفى :

عرف الاحناف السكر ؛ فقالوا : السكران هو من لا يعرف الرجل من المرأة ، ولا السماء من الأرض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف ، فهو كالصاحى[1] وقيل: السكر الذى يصح به التصرفات أن يصير بحال بحيث يحسن ما يستقبحه الناس ، أو يستقبح ما يستحسنه الناس ، لكنه يعرف الرجل من المرأة .

حكم طلاق السكران :

قال الكمال بن الهمام : الأمر لايخلو إما أن يكون قد سكر بمباح أو بمحظور فإن كان قد سكر بمحظور وقع طلاقه . وإن كان السكر بغير محظور بل بمباح كالبنج والدواء فلا يقع طلاقه . قال عبد العزيز الترمذى . سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع رأسه فطلق امرأته قالا : إن كان،حين يشرب، يعلم أنه ماهو، تطلق امرأته، وإن لم يعلم لم تطلق.

(١) الكمال بن الهمام ــ فتح القدير حـ٣ ص٤٠

ومن قال بوقوع طلاق السكران من التابعين سعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن البصرى، وابراهيم النخعى، وابن سيرين، ومجاهد.[١]

الدليل :

واستدل لهذا الرأى بأن من سكر بمحظور يعتبر فى حكم العاقل تشديدا عليه فى الأحكام الفرعية. وهذا مناسب له لتسببه فى زوال عقله بسبب محظور، وهو مختار فيه، فاعتبرت أقواله، فيقع طلاقه.

رأى آخر بعدم وقوع الطلاق :

وقال بعدم وقوع طلاق السكران القاسم بن محمد، وطاووس، وربيعة بن عبد الرحمن، والليث، واسحاق بن راهويه، وأبو ثور، وزفر. كما نقل هذا القول منسوبا إلى عثمان رضى الله عنه. وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما. وهو مختار الكرخى، والطحاوى، ومحمد بن سلمة، من فقهاء الحنفية.

وجهة نظر أصحاب هذا الرأى:

قال أصحاب هذا الرأى، إن أقل ما يصح من التصرف معه، وإن كان حكمه مما يتعلق بمجرد لفظه، القصد الصحيح أو مظنته، وليس للسكران ذلك. والسكران أسوأ حالا من النائم، لأنه إذا أوقظ لا أثر له، وإلا صحت ردته، ولا تصح. فكما لا يقع طلاق النائم كذلك ما ماثله وهو السكران لا يقع طلاقه ولا تأثير لكونه سكر بمحرم فكما أن السفر لمعصية جعل سبباً للترخيص والتخفيف فكذلك السكر، فشرب المسكر كالسفر لمعصية فيكون سكره ولو من محرم سبباً فى عدم الاعتداد بما يصدر عنه من تصرفات، تخفيفاً عليه[٢].

---

(١) المصدر السابق.

(٢) فتح القدير ج٣ ص ٤٠ — والهداية شرح بداية المجتهد ج٣ ص ٤٠ والعناية للبابرتى على هامش فتح القدير ذات الجزء والصفحة.

مناقشـــة وجهة نظر من قال بعدم وقوع طلاق السكران

قال أصحاب الرأى الراجح فى المذهب معترضين على من قال بعدم وقوع طلاق السكران : إن الشرع خاطب السكران فى حال سكره بالأمر والنهى بحكم فرعى: «ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون» فعرفنا من ذلك أنه اعتبره كقائم العقل تشديدا عليه فى الأحكام الفرعية . وعقلنا أن ذلك يناسب كونه تسبب فى زوال عقله بسبب محظور وهو مختار فيه، فكانت تصرفاته معتبرة أسوة، بتصرفات العقلاء والمكلفين فيما لا يثبت لشبهة ، وهو الحدود والقصاص، فيحد إذا قذف ، ويقتل إذا قتل ، فلأن يلحق بالعاقل فيما يثبت مع الشبهة، كالطلاق، والعتاق أولى.

دفع شبهة

أما الاعتراض بأن الحكم ببقاء عقل من سكر بمحظور تقديرا بعد زواله حقيقة، نتيجة لشربه المسكر ،عقوبة وزجراً له — يلزم منه الحكم بصحة ردته فى هذه الحالة ، فيرد على هذا الاعتراض بأن عدم صحة ردة السكران ، استحساناً، نظراً له، لأن بقاء العقل تقديراً بعد زواله حقيقة للزجر، وإنما تقع لحاجة الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعى إليه طبعا ، والردة لا يغلب وجودها لانعدام الداعى إليها فلا حاجة إلى استبقاء عقل السكران فى حال ردته للزجر ، ولأن جهة زوال العقل حقيقة يقتضى بقاء الإسلام وجهة بقائه تقديراً يقتضى زوال الإسلام فيرجح جانب البقاء، لأن الإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، ولهذا يحكم بإسلام الكافر إذا أكره على الإسلام، ولا يحكم بكفر المسلم إذا أكره على إجراء كلمة الكفر، فأجرى، وأخبر أن قلبه كان مطمئناً بالإيمان ... كذا هذا. أما عدم صحة إقرار السكران بما يوجب الحد، فلأن حاله ، وهو كونه لا يثبت على شىء، يوجبه راجعا عما أقر به عقيبه .

وأما الهازل إذا نطق بكلمة الكفر هزلا فيحكم بكفره لاستخفافه بالدين؛

إذ الاستخفاف بالدين كفر ولا استخفاف بالدين عند السكران الناطق بكلمة الكفر ، لأن زائل العقل لا يوصف بأنه مستخف بشيء[١] .

٣ — السكر بسبب مباح وحصول لذة به:

قال صاحب البدائع : «وإن كان سكره بسبب مباح ، لكن حصل له به لذة، بأن شرب الخمر مكرهاً حتى سكر، أو شربها، عند ضرورة العطش، فسكر؛ قالوا : إن طلاقه واقع أيضاً ؛ لأنه وإن زال عقله، فإنما حصل زوال عقله بلذة ، فيجعل عقله قائما ، ويلحق الإكراه والاضطرار بالعدم كأنه شرب طائعاً حتى سكر[٢] .

من سكر بدواء.

أما من زال عقله بسبب دواء ، فيرى صاحب البدائع أن هذه هي الحالة التي لا يقع فيها طلاق السكران . ولذا قال : [١] «وذكر محمد ، رحمه الله تعالى، فيمن شرب النبيذ ولم يزل عقله ، ولكن صدع فزال عقله بالصداع أنه لا يقع طلاقه ؛ لأنه مازال عقله بمعصية ، ولا بلذة فكان زائلا حقيقة وتقديرا . وكذلك إذا شرب البنج أو الدواء الذي يسكر وزال عقله لما قلنا في المجنون. وقد روي عن النبي، صلى الله عليه وسلم، أنه قال: «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمعتوه» ،

لا يقع طلاق من شرب الخمر فزال عقله بالصداع :

قال الكمال بن الهمام فيمن زال عقله بالبنج والدواء (الأفيون): «وعدم

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج٣ ص١٠٠ وفتح القدير للكمال بن الهمام ج٣ ص٤١، ٤٢

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٠٠

(٣) المصدر السابق .

الوقوع بالبنج والأفيون ؛ لعدم المعصية، فإنه يكون للتداوى، غالبا، فلا يكون زوال العقل بسبب هو معصية ، حتى لو لم يكن للتداوى بل للهو وإدخال الآفة قصداً ، ينبغى أن نقول يقع؛ فإن عبد العزيز الترمذى قال : سألت أبا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع إلى رأسه فطلق امرأته قالا : إن كان، حين شرب ، يعلم أنه ماهو تطلق امرأته ، وإن لم يعلم لم تطلق . ومعلوم أن الضرورة مبيحة ، فكان يحمل هذا ماقلنا . وعلى ذلك قلنا إذا شرب الخمر فصدع فزال عقله بالصداع فطلق لا يقع . والحكم لا يضاف إلى علة العلة كالشرب الا عند عدم صلاحية العلة أعنى الصداع، للقطع بأن أثرها لا يصل الى المعلول الأخير . ولو تنزلنا فالشرب ليس موضوعاً للصداع؛ بل يثبت الصداع اتفاقاً عند استعداد الطبيعة له فى ذلك الوقت، فصار الشرب الذى وجد عنه الصداع الذى عنه زوال العقل كسفر المعصية، لما لم يكن موضوعاً للمعصية لم يوجب التشديد، بل يمنع الترخص، فلم يضف زوال العقل اليه؛ ليثبت التشديد بخلاف الشرب الذى لم يحدث عنه صداع مزيل للعقل ، بل زال به ، حيث تعلق به التشديد لإضافة زوال العقل اليه وهو المعصية . وعلى هذا لو شربها مكرها . أو لإساغة لقمة، ثم سكر لا يقع عند الأئمة الثلاثة . وبه قال بعض مشايخنا . وفخر الإسلام وكثير منهم على أنه يقع ، لأن عقله زال عند كمال اللذة، وعند ذلك لم يبق مكرهاً . والأول أحسن . لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا التسبب فى زواله بسبب محظور وهو منتف»(٢)

ملخص ما قيـــل .

ولخص الكمال بن الهمام ماقيل فى السكر بسبب مباح فقال : «والحاصل أن السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر والأشربة الأربعة المحرمة ،

---

(١) و (٢) فتح القد[ير] ... ٤٢

أو اضطر ، لا يقع طلاقه وعتاقه . ومن سكر منها مختاراً اعتبرت عباراته .

طلاق من سكر من شراب العسل :

وأما من شرب الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافاً لمحمد . ويفتى بقول محمد ؛ لأن السكر « من كل شراب ، محرم »[٢] .

فالراجح كما يراه الكمال بن الهمام كما هو واضح من قوله المذكور أن من أكره على شرب الخمر فشربها فسكر لا يقع طلاقه سواء تلذذ بالشرب أو لم يتلذذ.

المذهب المالكى

السكر بسبب غير محظور :

ألحق المالكية السكران ، بحلال ، بالمجنون ، فقالوا بعدم وقوع طلاقه : فقد قالوا : « لا يقع طلاق بجنون ، ولو غير مطبق ، إذا طلق حال جنونه ، ولا من مغمى عليه ، ولا من سكران : لأن حكمه حكم المجنون » .

السكر بمحظور :

وقالوا : بصحة طلاق السكران بمحظور ؛ لأنه أدخله على نفسه . وهذا هو الرأى المشهور والمعتمد فى المذهب .

رأى آخر ضعيف .

وقيل : إن من سكر بشربه محظوراً وأصبح لا يميز ، ثم طلق زوجته لا يقع طلاقه ، لأنه أصبح فى حكم المجنون[٣] . والرأى الأول هو المشهور . وقال ابن رشد : وأما طلاق السكران ؛ فالجمهور من الفقهاء على وقوعه . وقال قوم لا يقع ؛ منهم المازنى وبعض أصحاب أبى حنيفة . والسبب فى اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق ؟ فمن قال : هو والمجنون سواء ـ إذ كان كلاهما فاقداً للعقل ، ومن شرط التكليف العقل ـ قال : لا يقع ، ومن قال الفرق بينهما : أن السكران أدخل الفساد على عقله بإرادته والمجنون بخلاف ذلك

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ٣٦٥ طبع مطبعة الحلبى .

ألزم السكران الطلاق ، وذلك من باب التغليظ عليه .

ولخص ابن رشد مايلزم السكران بالجملة من الأحكام ومالا يلزمه ؛ فقال قال مالك : يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل. ولم يلزمه النكاح ولا البيع ، وألزمه أبو حنيفة كل شيء . وقال الليث : كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ، ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ، ولا بيع ، ولا حد فى قذف ، وكل ماجنته جوارحه فلأزم له، فيحد فى الشرب، والقتل ، والزنى ، والسرقة . وثبت عن عثمان بن عفان، رضى الله عنه، أنه كان لايرى طلاق السكران . وزعم بعض أهل العلم أنه لا مخالف لعثمان فى ذلك من الصحابة . وقول من قال : «إن كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه» ليس نصاً فى إلزام السكران الطلاق ؛ لأن السكران معتوه ما . وبه قال داود وأبو ثور وإسحاق وجماعة من التابعين : أعنى أن طلاقه ليس يلزم . وعن الشافعى القولان فى ذلك . واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور . واختار المزنى من أصحابه أن طلاقه غير واقع [١] .

المذهب الشافعى

طلاق السكران :

فرق الشافعية ، كما فعل المالكية، بين السكر بمحرم والسكر بحلال للتداوى أو أكراه على شرب الخمر ، فقالوا : إذا أوجر الإنسان خمراً ، أو أكره على شربها ، أو شرب دواء يزيل العقل بقصد التداوى ، فإنه لا يقع طلاقه ، ولا يصح تصرفه . أما من أثم بمزيل عقله من شراب خمر أو غيره، أو دواء بنبيذ أو غيره ؛ نفذ طلاقه وتصرفه له قولا وفعلا ، ونفذ أيضاً تصرفه عليه قولا وفعلا ، كاسلام وردة وقطع وقتل على الرأى المعتمد فى المذهب . وفى قول لا ينفذ شيء من تصرفه ؛ لأنه ليس له فهم صحيح . وقيل ينفذ تصرفه عليه كالطلاق والإقرار تغليظاً عليه .

(١) بداية المجتهد لابن رشد جـ٢ ص ٨١ ، ٨٢

واحتج من قال بأن طلاقه وجميع تصرفاته نافذة له أو عليه بقول الرسول صلى الله عليه وسلم : «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ ، والصبي حتى يحتلم ، والمجنون حتى يفيق » .

والسكران ليس فى معنى واحد من هؤلاء فإنه يجب عليه قضاء الصلاة والصوم وغيرهما ، فالقلم غير مرفوع عنه بخلاف المجنون . [1]

المذهب الحنبلى

طلاق الزائل العقل بلا سكر:

قال صاحب المغنى[2] : «أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما فى معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان ، وعلى ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والنخعى ، والشعبى ، وأبو قلابة ، وقتادة ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ، ومالك ، والثورى . . . » ويستمر صاحب المغنى فى كلامه فيقول : «وسواء زال عقله لجنون ، أو إغماء ، أو نوم ، أو شرب دواء ، أو أكره على شرب الخمر ، أو شرب ما يزيل عقله شربه ، ولا نعلم أنه مزيل للعقل ، فكل هذا يمنع وقوع الطلاق ، رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافاً .

طلاق من شرب البنج :

أما من شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله عالماً به ، متلاعباً فحكمه حكم السكران فى طلاقه لأنه زال عقله بمعصية ، فأشبه السكران . وبهذا قال أصحاب الشافعى . وقال أصحاب أبى حنيفة : لا يقع طلاقه ، لأنه لا يلتذ بشربها .

طلاق السكران :

تعددت الروايات عن أحمد فى طلاق السكران ، فرواية عنه تفيد أن

---

(١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ .

(٢) موفق الدين أبى محمد عبد الله بن محمد عبد الله بن محمود بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ صاحب كتاب المغنى على مختصر الإمام أبى القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

طلاقه يقع . ورواية أخرى تفيد عـــدم وقوع طلاقه . ورواية ثالثة يتوقف عن الجواب ويقول: قد اختلف فيه أصحاب رسول الله ، صلى عليه وسلم. ولذلك فهو يترك القول فيها لتعارض الأدلة فيها وإشكال دليلها . وقد اختار القول بوقوع طلاق السكران أبو بكر الخلال والقاضى، لقول الرسول، صلى الله عليه وسلم: «كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه» وقد نقل ذلك عن كثير من الصحابة؛ منهم على ومعاوية؛ ولأن السكران اعتبره الصحابة كالصاحى فى الحد بالقذف، بدليل ما روى أبو وبرة الكلبى قال : أرسلنى خالد إلى عمر فاتيته فى المسجد ومعه عثمان ، وعلى ، وعبد الرحمن ، وطلحة ، والزبير . فقلت : إن خالداً يقول : إن الناس انهمكوا فى الخمر . وتحاقروا العقوبة ؛ فقال عمر : هؤلاء عندك فسلهم؛ فقال على: نراه إذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، وعلى المفترى ثمانون . فقال عمر «أبلغ صاحبك ما قال» فهؤلاء صحابة رسول الله اعتبروا السكران كالصاحى فى مقــدار العقوبة (عقوبة القاذف) . وهو مكلف، بدليل أنه يقتل إذا قتل، ويقطع بالسرقة . وبهذا فارق المجنون .

أما الرواية القائلة بعـدم وقوع طلاق السكران فاختارها أبو بكر عبد العزيز، وعلل لرجحانها بأن السكران زائل العقل؛ فأشبه المجنون والنائم ، ولأنه مفقود الإرادة فأشبه المكره . والعقل شرط للتكليف؛ إذ هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهى ، ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه . ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية ، أو غيرها بدليل أن من كسر ساقيه جاز له أن يصلى قاعداً ، ولو ضربت المرأة بطنها فنفست سقطت عنها الصلاة ، ولو ضرب رأسه فجن سقط التكليف .(١)

حـــد السكر :

وحد السكر الذى يقع الخلاف فى صاحبه هو الذى يجعله يخلط فى كلامه،

(١) المغنى لابن قدامة ا[illegible] ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ مسألة رقم ١٩٦٨

ولا يعرف رداءه من رداء غيره ، وفعله من فعل غيره ونحو ذلك ، لأن الله تعالى قال : (يأيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ، حتى تعلموا ما تقولون) فجعل علامة زوال السكر علمه بما يقول. وروى عن عمر ، رضى الله عنه أنه قال : إستقرئوه القرآن . وألقوا رداءه فى الأردية : فإن قرأ أم القرآن، أو عرف رداءه، وإلا فأقم عليه الحد، ولا يعتبر ألا يعرف السماء من الأرض، ولا الذكر من الأنثى؛ لأن ذلك لا يخفى على المجنون فعليه أولى.

المذهب الظاهرى

طلاق السكران

حـــد السكر .

حد السكر هو أن يخلط فى كلامه فيأتى بما لا يعقل، وبما لا يأتى به إذا لم يكن سكران ، وان أتى بما يعقل خلال ذلك : لأن المجنون قد يأتى بما يعقل ويتحفظ من السلطان ومن سائر المخاوف . وأما من ثقل لسانه وتخبل مخرج كلامه، وتخبلت مشيته، وعربد فقط إلا أنه لم يتكلم بما لا يعقل فليس هو سكران. فالله سبحانه و تعالى بين أن السكران هو الذى لا يعلم مايقول : فقال «لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ماتقولون » فمن علم مايقول فليس بسكران . ومن خلط فأتى بما يعقل ومالا يعقل فهو سكران ؛ لأنه لا يعلم ما يقول .

طلاق السكران لا يقع

قال ابن حزم : طلاق السكران غير لازم . وكذلك من فقد عقله بغير الخمر لأنه غير مخاطب؛ إذ ليس من ذوى الألباب فقد بين الله تعالى أن السكران لا يعلم ما يقول: « لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون» ومن أخبر الله تعالى عنه أنه لا يدرى ما يقول فلا يحل أن يلزم شيئاً من الأحكام لا طلاقاً ولا غيره لعدم توجيه الخطاب اليه [1] .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٨ ، ٢٠٩ مسألة رقم ١٩٦٨

مناقشة

قال ابن حزم : لقـــد نظرنا فيما يحتج به من خالف قولنا فوجدناهم يقولون : هو أدخل على نفسه ذهاب عقله بمعصية لله عز وجل ؛ فقلنا : فكان ماذا ؟ ومن أين وجب إذا أدخل ذلك على نفسه أن يؤاخذ بما يجني في ذهاب عقله ؟ وهذا ما لا يوجد في قرآن ولا سنة ، و لا خلاف بينكم فيمن تردى ليقتل نفسه عاصياً لله عز وجل فسلمت نفسه إلا أنه سقط على رأسه ففسد عقله ، وفيمن حارب وأفسد الطريق فضرب في رأسه ففسد عقله أنه لا يلزمه شيء مما يلزم الأصحاء ، وهو الذي أدخل على نفسه الجنون بأعظم المعاصي ثم لا يختلفون فيمن أمسكه قوم عيارون فضبطت يداه ورجلاه وفتح فمه بكلوب وصب فيه الخمر حتى سكر إنه مؤاخذ بطلاقه وهو لم يدخل على نفسه شيئاً ولا عصى ، فظهر فساد اعتراضهم . وموهوا بالأخبار التي فيها « ثلاث هزلهن جد .... » وليس فيها على سقوطها — للسكران ذكر ، ولا دليل عليه واحتجوا بالخبر الموضوع : « لا قيلولة في الطلاق » ولو صح هذا لكان ذلك في طلاق من طلاقه طلاق من يعقل ، كما يقولون في طلاق الصبي والمجنون . كما احتجوا بالخبر الكاذب « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه » — وهذا الخبر قد ظهر عدم حجيته لعدم صحته . ثم لو صح لم يكن للمحتجين به حجة ؛ لأنهم لا يجيزون طلاق من لم يبلغ ، وليس بمعتوه .

وأما السكران الذي لا يدري ما يتكلم به فهو معتوه بلا شك ؛ لأن المعتوه في اللغة هو الذي لا عقل له ، ومن لا يدري ما يتكلم به فلا عقل له ، فهو معتوه بأي وجه عام كان ، وقالوا : قد روى عن علي ، وعبد الرحمن بحضرة الصحابة : « إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى وإذا افترى جلد ثمانين » وهذا خبر مكذوب قد نزه الله تعالى علياً وعبد الرحمن عنه ؛ لأنه لا يصح إسناده ، ولعظيم ما فيه من المناقضة ؛ لأن فيه إيجاب الحد على من هذى ، والهاذي لا حد [illegible] : إذا هذى كفر وإذا كفر قتل . ؟

وقالوا إنه بنفس السكر يجب عليه الحد فالطلاق كذلك. قلنا: هذا غير صحيح؛ فما وجب قط بالسكر حد، لكن بقصده إلى شرب ما يسكر كثيره فقط، سواء سكر أو لم يسكر. برهان ذلك: أن من سكر ممن أكره على شربها لا حد عليه.

وقالوا: هو مخاطب بالصلاة فطلاقه لازم له. وهذا، أيضاً، قول جانبه الصواب؛ فقد نص فى القرآن الكريم على ما يخالف هذا القول، إذ ما ورد فى النص يبين أنه غير مخاطب بالصلاة، بل هو منهى عنها حتى يدرى ما يقول. «لا تقربوا الصلاة، وأنتم سكارى، حتى تعلموا ما تقولون».

وقالوا: لو كان ذلك لكان من شاء قتل عدوه، سكر فقتله، ومن يدرى أنه سكران. والرد على هذه الحجة يتلخص فى أنه يلزم على قولكم هذا وجوب القول بإقامة الحدود على المجانين؛ لأنه لو سقط عنهم الحد لكان من شاء قتل عدوه تحامق ومن يدرى أنه أحمق، لكن نقول لا يخفى السكران من المتساكر، ولا الأحمق من المتحامق، ومما يوضح صحة قولنا، يقيناً، الخبر الثابت الذى رويناه من طريق البخارى أخبرنا عبدان وأحمد بن صالح قال عبدان: أخبرنا عبد الله بن المبارك، وقال أحمد: أخبرنا عنبة كلاهما أخبره يونس بن يزيد عن الزهرى، أخبرنى على بن الحسين أن الحسين بن على أخبره أن علياً قال فى حديث طويل: فطفق رسول الله، صلى الله عليه وسلم، يلوم حمزة فيما فعل يعنى إذا عقر شارفى على وهو يشرب مع قوم من الأنصار، قال على: فإذا حمزة ثمل محمرة عيناه فقال له حمزة: هل أنتم إلا عبيد لأبى؟ فعرف رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أنه ثمل فنكص عليه الصلاة والسلام على عقبيه القهقرى، فخرج وخرجنا معه. فهذا حمزة رضى عنه يقول وهو سكران مالو قاله غير سكران لكفر، وقد أعاذه الله من ذلك، فصح أن السكران غير مؤاخذ بما يفعل جملة. وأما من فرق فلم يلزمه الردة وألزمه غير ذلك فمتناقض القول، باطل الحكم بيقين لا إشكال فيه.[1]

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٠ — ٢١١

الشيعة الإمامية

طلاق السكران

اعتبر الشيعة الإمامية السكران ضمن من لا يصح طلاقهم: ولا يجوز أن يطلق الولى عنهم. فقالوا: ويعتبر فى المطلق البلوغ والعقل، ولا يطلق الولى عن السكران ، وكذا المغمى عليه وشارب المرقد كالنائم ؛ لأن عذرهم متوقع الزوال .(١)

حكم القانون فى طلاق المكره والسكران

نصت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية على الآتى .

مادة ١ — لا يقع طلاق السكران والمكره .

المذكرة التفسيرية

ونصت المذكرة التفسيرية لهذا القانون على أن المادة الأولى الخاصة بطلاق السكران والمكره قد أخذت بعدم وقوع طلاق السكران بناء على قول راجح لأحمد وقول فى المذاهب الثلاثة ، ورأى كثير من التابعين، وأنه لا يعرف عن الصحابة قول فيه بالوقوع . كما أخذت المادة المذكورة بعدم وقوع طلاق المكره بناء على مذهب المالكية والشافعية وأحمد وداود وكثير من الصحابة .

الطلاق بالكتابة

المذهب الحنفى

قال صاحب الدر المختار : «كتب الطلاق إن مستبيناً على لوح وقع إن نوى ، وقيل: مطلقاً ،ولو على نحو الماء فلا، مطلقاً، ولو كتب على وجه الرسالة والخطاب كأن يكتب يافلانة إذا أتاك كتابى هذا فأنت طالق طلقت

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ٢ ص ٨ .

بوصول الكتاب.. جوهره. وفى البحر كتب لامرأته: كل امرأة لى غيرك وغير فلانة طالق ثم محا اسم الأخيرة وبعثه. لم تطلق. وهذه حيلة عجيبة: وسيجيء ما لو استثنى بالكتابة »[1]

قال ابن عابدين فى حاشيته تعليقاً على ماذكر: (قال فى الهندية: الكتابة على نوعين: مرسومة وغير مرسومة. ونعنى بالمرسومة أن يكون مصدراً ومعنوناً مثل ما يكتب إلى الغائب. وغير المرسومة ألا يكون مصدراً ومعنوناً وهو على وجهين: مستبينة وغير مستبينة؛ فالمستبينة ما يكتب على الصحيفة والحائط والأرض على وجه يمكن فهمه وقراءته. وغير المستبينة ما يكتب على الهواء والماء وشيء لا يمكن فهمه وقراءته ؛ ففى غير المستبينة لا يقع الطلاق وإن نوى. وإن كانت مستبينة لكنها غير مرسومة. إن نوى الطلاق يقع، وإلا لا. وإن كانت مرسومة ، يقع الطلاق نوى أو لم ينو ، ثم المرسومة لا تخلو إما أن أرسل الطلاق بأن كتب: أما بعد فأنت طالق: فكما كتب هذا، يقع الطلاق وتلزمها العدة من وقت الكتابة . وإن علق طلاقها بمجيء الكتاب بأن كتب إذا جاءك كتابى فأنت طالق، فجاءها الكتاب. فقرأته أو لم تقرأ. يقع الطلاق: كذا فى الخلاصة » .[2]

ولتوضيح ماسبق أقول :

الكتابة إما أن تكون مستبينة أى مرقومة واضحة، كالكتابة على الورق أو على الجدار، متى كانت رقماً يقرأ، وإما ألا تكون كذلك، مثل الكتابة على الماء أو فى الهواء .

والكتابة المستبينة إما أن تكون مرسومة ، أى معنونة وموجهة على نحو ما توجه الرسائل ، وإما ألا تكون كذلك... فالكتابة غير المستبينة لايقع بها الطلاق مطلقاً ، سواء نوى الطلاق أو لم ينو .

---

(١) الدر المختار شرح تنوير الأبصار جـ٢ ص ٤٦٤

(٢) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار جـ٢ ص ٤٦٤ لابن عابدين .

والكتابة المستبينة المرسومة يقع بها الطلاق مطلقاً : نوى أو لم ينو . فإذا ادعى الكاتب أنه كتب ذلك يجرب به القلم، مثلا، فإنه لا يصدق فى القضاء وإن كان يصدق ديانة .

أما المستبينة غير المرسومة فمثل أن يكتب على ورقة أو جدار عبارة الطلاق مقروءة واضحة ، كأن يكتب « فلانة زوجتى طالق » فمثل هذا يحتمل أن يكون المراد به إنشاء الطلاق، ويحتمل أن يكون الغرض منه شيئاً آخر، كتجربة القلم ، أو التمرن على الكتابة. كما يجوز ألا يكون هناك غرض أصلا . فلا يقع الطلاق حينئذ إلا إذا نوى . وفى الكتابة المرسومة إن لم يقيد الطلاق بوقت فإنه يقع من وقت الكتابة كأن يكتب إلى امرأته يقول لها : أما بعد : « فأنت طالق » .

واذا قيد الطلاق بأن علقه على وصول الكتاب إليها؛ فإنه يقع الطلاق ، عند وصول الكتاب، ولو لم تقرأه حينئذ . فإذا وصل الكتاب إلى أبيها فى بلدها فقرأه ولم يسلمه إليها فلا يقع الطلاق ؛ لأنه لم يصل إليها . لكن قال الفقهاء : إذا كان أبوها متصرفاً فى جميع أمورها ، فإنه يقع الطلاق بتسلمه الكتاب . والوجه فى هذا الرأى ظاهر (١) . واذا كتب الطلاق واستثنى بلسانه أو طلق بلسانه. واستثنى بالكتابة قال ابن عابدين: لا رواية لهذه المسألة. وينبغى أن يصح . كذا فى الظهيرية[1]

٢ ـ المذهب المالكى

الطلاق بطريق الكتابة

قال المالكية : لو قال الزوج لرسول إذهب وبلغ زوجتى أنى طلقتها ، أو أخبرها بطلاقها ، فإنه يقع الطلاق بمجرد قوله للرسول، ولو لم يصل إليها. ولو كتب لزوجته، أو لوليها، بالطلاق، ناوياً وعازماً على الطلاق، حين كتب

---

(١) ابن عابدين جـ ٢ ص [illegible]

فيقع الطلاق بمجرد فراغه من كتابة هي طالق، وإن لم يتم الكتاب ، ولو لم يرسله ، ولم يخرجه من عنده. كما يقع الطلاق إذا لم يكتب هي طالق، بل كتب: إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق. وقد علل لذلك العلامة الدسوقي فقال : وهذا بناء على أن (إذا) لمجرد الظرفية فينجز الطلاق كمن أجل الطلاق بمستقبل. وإذا كتب لها: إذا وصلك كتابي هذا فأنت طالق، ففي توقف وقوع الطلاق على وصول الخطاب لها خلاف، وقوي القول بتوقفه على الوصول لتضمن (إذا) معنى الشرط فصار كما إذا قال لها : إن وصلك كتابي هذا فأنت طالق حيث يوقف الطلاق على وصول الكتاب[١]

وعند ابن رشد : اذا كتب الكتاب على أن يستشير فيه فإن رأى أن ينفذه أنفذه ، وان رأى ألا ينفذه لم ينفذه أو كتبه متردداً يقع الطلاق بمجرد اخراجه عازماً، أولانية له، وان لم يصل؛ لأن ابن رشد يرى أنه في هذه الحالة يعتبر كالعازم. وخالفه اللخمي في ذلك . هذا . اذا لم يصل مكتوب الزوج الذي كتبه بالطلاق مستشيراً ومترددا إلى الزوجة. أما إذا وصل لها أو لوليها ولو بغير اختياره فيقع الطلاق سواء كتبه بالطلاق وهو عازم على الطلاق بكتابته أو كتبه لاعازماً بل مترددا أو مستشيرا ولم يخرجه أو أخرجه.
وأما إذا كان حين الكتابة لانية له أصلا فعند ابن رشد يلزمه الطلاق لحمله على العزم واعتبار أنه قوي سواء أخرجه عازما أو متردداً أو مستشيرا أو لانية له ، أو لم يخرجه وصل إليها أو لا.[٢]

قال مولانا سيدي أحمد الدردير في شرحه الكبير : « فتحصل أنه إماأن يكتبه عازماً أو متردداً أولانية له . وفي كل إما أن يخرجه كذلك أولا يخرجه

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج٢ ص ٣٨٤
(٢) المصدر السابق .

وفى هذه الأثنى عشرة صورة إما أن يصل أولا، يقع الطلاق بمجرد كتابته، إن عزم أولا نية له، وبإخراجه(١) كذلك فى المتردد وصل أو لم يصل. وأما إن كتبه مترددا ولم يخرجه أو أخرجه كذلك فإن وصلها حنث، وإلا فلا. فعدم الحنث فى صورتين فقط»(٢).

٣ — المذهب الشافعى

الطلاق بالكتابة

قال صاحب المنهاج: «فإن كتب إذا بلغك كتابى، فأنت طالق. فإنما تطلق ببلوغه وإن كتب: إذا قرأت كتابى، وهى قارئة، فقرأته، طلقت، وإن قرىء عليها فلا، فى الأصح. وإن لم تكن قارئة فقرىء عليها، طلقت»(٣)

كتاب الزوج بيده كتابا بالطلاق

شرح صاحب المغنى ماتقدم(٤) فقال: إذا كتب شخص فى كتاب طلاق زوجته، صريحا أو كناية، كما فى الروضة وأصلها، ونوى وعلق الطلاق ببلوغ الكتاب، كقوله: إذا بلغك كتابى أو وصل إليك أو أتاك فأنت طالق فإنما تطلق ببلوغه لها مكتوبا كله، مراعاة للشرط، فإن انمحى كله قبل وصوله لم تطلق، كما لو ضاع ولو بقى أثره بعد المحو، وأمكن قراءته طلقت. ولو ذهب سوابقه ولواحقه كالبسملة والحمدلة وبقيت مقاصده وقع، بخلاف ما لو ذهب موضع الطلاق أو انمحى لأنه لم يبلغها جميع الكتاب، ولا ماهو المقصود الأصلى منه.

كتابة الأجنبى مكتوبا بالطلاق

قال صاحب المغنى(٥): أمر الزوج أجنبيا، فكتب، لم تطلق، وإن نوى

(١، ٢) الشرح الكبير لسيدى احمد الدردير جـ٢ ص ٣٧٤ وحاشية الدسوقى عليه (قوله وبإخراجه كذلك) أى عازما أولا نية له وقوله (فى المتردد) أى فيما إذا كتبه مترددا.

(٣، ٤، ٥) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج.

الزوج «كما لو أمر أجنبيا أن يقول لزوجته: «أنت بائن» ونوى الزوج كما جز ما به، خلافا للصيمرى فى قوله: إنه لا فرق بين أن يكتب بيده وبين أن يملى على غيره.

لو كتب الزوج كناية من كنايات الطلاق

لو كتب الزوج فى مكتوبه كناية من كنايات الطلاق كأن يكتب «زوجتى بائن» فإن الطلاق لا يقع سواء نوى الزوج الطلاق أو لم ينو، لأن الكتابة كناية فلا تصح بكناية؛ إذ لا يكون للكناية كناية، كذا قاله بعض الشراح. وقد اعترض على ذلك صاحب مغنى المحتاج فقال: وهو مردود بما تقدم عن الروضة وأصلها [1].

تعليق الطلاق بقراءة الكتاب

واضح من قول صاحب المنهاج أن الزوج لو كتب لزوجته: إذا قرأت كتابى هذا فأنت طالق؛ فإن كانت قارئة فلا تطلق إلا إذا قرأت الكتاب بنفسها. وهذا هو الرأى الأصح فى المذهب؛ لعدم قراءتها مع الإمكان. وهناك رأى آخر فى المذهب أنها تطلق إذا قرىء عليها الكتاب؛ لأن المقصود اطلاعها على ما فى الكتاب وقد وجـد. أما إذا لم تكن قارئة والزوج يعلم ذلك فقرىء عليها طلقت؛ لأن القراءة فى حق الأمى محمولة على الإطلاع على ما فى الكتاب وقد وجـد، بخلاف القارئة، أما اذا لم يعلم الزوج حالها، فإنها لا تطلق على الأقرب، كما هو وارد فى الروضة وأصلها [2].

---

(١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب ج ٣ ص ٢٨٤ — ٢٨٥

(٢) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج٣ ص ٢٥٨ للشيخ محمد الشربينى الخطيب.

٤ ـ المذهب الحنبلي

وقوع الطلاق بالإشارة والكتابة

قال الحنابلة : لا يقع الطلاق بغير لفظ الطلاق إلا في موضعين :

(أحدهما) : من لا يقدر على الكلام كالأخرس إذا طلق بالإشارة طلقت زوجته ؛ لأنه طريق إلى الطلاق بالإشارة فقامت إشارته مقام الكلام من غير نية كالنكاح . فأما القادر على الكلام فلا يصح طلاقه بالإشارة كما لا يصح نكاحه بها ، فإن أشار الأخرس بأصابعه الثلاثة إلى الطلاق طلقت ثلاثا ؛ لأن إشارته جرت مجرى نطق غيره .

ولو قال الناطق أنت طالق هكذا ، وأشار بأصابعه الثلاثه طلقت ثلاثا ؛ لأن قوله هكذا تصريح بالتشبيه بالأصابع في العدد ، وذلك يصلح بيانا ، كما قال النبي صلى الله عليه وسلم : «الشهر هكذا وهكذا»[1] وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعا وعشرين .

وثانيهما : اذا كتب الطلاق ، وفي ذلك حالتان :

الأولى : أن يكتب وينوي الطلاق ، فإن نواه طلقت زوجته . واستدل الحنابلة لذلك قائلين : إن الكتابة حروف يفهم منها الطلاق ، فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب بدلالة أن النبي ، صلى الله عليه وسلم ، كان مأمورا بتبليغ رسالته فحصل ذلك في حق البعض بالقول ، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف ، ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون ، والحقوق .

الثانية : أن يكتب الطلاق من غير نية . وفي هذه الحالة قال

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي جـ٨ ص ٤١٢ ، ٤١٣ . والشرح الكبير على هامشه ص٤١٨ .

أبو الخطاب : قد خرجها القاضى الشريف فى الإرشاد على روايتين :

احدهما : يقع الطلاق واستدل لهذا الرأى بما استدل به سابقا أصحاب من قالوا بوقوع الطلاق إذا كتبه ونواه .

الثانية : لا يقع الطلاق إلا بنية ؛ لأن الكتابة محتملة إرادة وقوع الطلاق أو انه كتب بقصد تجربة القلم، وتجويد الخط؛ وغم الأهل. فيحتاج إلى النية ليقع. أما بدون نية فلا يقع ككنايات الطلاق . فإن نوى بكتابته لفظ الطلاق أن يجود خطه ، أو يجرب قلمه لم يقع الطلاق ؛ لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع فالكتابة أولى. وإذا أدعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى، ويقبل ، أيضا، فى الحكم فى أصح الوجهين؛ لأنه يقبل ذلك فى اللفظ الصريح فى أحد الوجهين، فههنا ، مع أنه ليس بلفظ ؛ أولى .

وإذا قال : نويت غم أهلى فالرأى الظاهر أنه يقع الطلاق؛ لقول الرسول، صلى الله عليه وسلم: «إن الله عفا لأمتى عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به » وبوقوع الطلاق قد غم أهله فيجتمع الأمران : وقوع الطلاق، وغم أهله . وقيل : لا يقع الطلاق ؛ لأنه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته ، فلا يكون ناويا للطلاق . والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام . وهذا لم ينو طلاقا فلا يؤآخذ به [1] .

الكتابة غير المستبينة .

قال صاحب المغنى : إذا كتب الرجل لفظ الطلاق كتابة لا تبين كأن كتبه باصبعه على وسادة ، أو فى الهواء، فظاهر كلام أحمد أن الطلاق لا يقع، وقال أبو حفص العكبرى : يقع ؛ لأنه كتب حروف الطلاق، فأشبه مالو كتبه

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٤١٣ . والشرح ذات الجزء ص ٤١٨

بشيء يبين. والأول أولى ؛ لأن الكتابة التي لا تبين كالهمس بالفم بما لا يتبين، وثم لا يقع؛ فههنا أولى[1].

الطلاق بواسطة كتاب يرسله لزوجته

إذا كتب لزوجته : أنت طالق، ثم استمد فكتب: إذا أتاك كتابي هذا، أو علقه بشرط أو استثناء فلا يخلو الأمر ، إما أن يكون حال كتابته للطلاق مريداً للشرط ، أو ينوي الطلاق في الحال غير معلق لشرط ، أو لا ينوي شيئا .

الحالة الأولى : إذا كان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط ، لم يقع طلاقه في الحال : لأنه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر .

الحالة الثانية : إذا كان حال كتابته للطلاق ناوياً الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال .

الحالة الثالثة : أما إذا لم ينو شيئاً ، فعلى الرأي القائل بأن المطلق يقع به الطلاق ينظر في الأمر ؛ فإن كان استمداداً لحاجة أو عادة لم يقع الطلاق قبل وجود الشرط ؛ لأنه لو قال: أنت طالق، ثم أدركه النفس، أو شيء يسكته فسكت لذلك ، ثم أتى بشرط تعلق به ، فالكتابة كذلك من باب أولى ؛ وإن استمد لغير حاجة. ولا عادة ، وقع الطلاق ، كما لو سكت بعد قوله : « أنت طالق » لغير حاجة، ثم ذكر شرطاً . وإن قال إنني كتبته مريداً للشرط فقياس قول الحنابلة أنها لا تطلق قبل الشرط إلا أنه يدين؛ أما قضاء ففي ذلك وجهان، بناء على قولهم فيمن قال أنت طالق، ثم قال: أردت تعليقه على شرط.

---

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي جـ ٧ ص ٤١

تعليق الطلاق على وصول المكتوب

قال الحنابلة : لو كتب الرجل إلى امرأته « أما بعد فأنت طالق » طلقت في الحال سواء وصل إليها الكتاب أو لم يصل، وعدتها تبدأ من حين كتبه . وإن كتب إليها: « إذا وصلك كتابي فأنت طالق » فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله إليها . وإن ضاع ولم يصلها لم تطلق ؛ لأن الشرط وصوله . وإن ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الكاغد لم تطلق ؛ لأنه ليس بكتاب . وكذلك إن انطمس مافيه بعرق أو غيره؛ لأن الكتاب عبارة عما فيه الكتابة. وإن ذهبت حواشيه أو تخرق منه شيء لا يخرجه عن كونه كتاباً ووصل باقيه طلقت ، لأن الباقي كتاب وان تخرق بعض مافيه الكتابة سوى مافيه ذكر الطلاق فوصل طلقت ؛ لأن الاسم باق فينصرف الاسم اليه . وإن تخرق مافيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق ؛ لأن المقصود ذاهب[١] .

إثبات الطلاق بالكتاب

قال الحنابلة ؛ لا يثبت الطلاق بالكتاب إلا بشاهدين، عدلين ، أن هذا كتابه ، قال أحمد في رواية حرب في امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق : لا تتزوج حتى يشهد عندها شهود عدول: قيل له: فإن شهد حامل الكتاب ؟ قال : لا، إلا شاهدان، فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره ؛ لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ككتاب القاضي ،وظاهر كلام أحمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها، وإن لم يشهدا به عند الحاكم؛ لأن أثره في حقها في العدة وجواز التزوج بعد انقضائها، وهذا معنى يختص به، لا يثبت به حق على الغير، فاكتفى فيه بسماعهما للشهادة

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٤١٤ ، ٤١٥ — والشرح الكبير ذات الجزء ص ٤١٩ .

ولو شهد شاهدان أنه هذا خط فلان لم يقبل ؛ لأن الخط يشبه به ، ولهذا لم يقبله الحاكم . ولو اكتفى بمعرفة الخط لاكتفى بمعرفتها له من غير شهادة .

رواية أخرى :

ذكر القاضي : أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة ، قال صاحب المغنى : والصحيح أن هذا ليس بشرط ، فإن كتاب القاضي لا يشترط فيه ذلك ، فهذا أولى . وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف الكتابة . وإنما يستنيب فيها ، وقد يستنيب فيها من يعرفها ، بل متى أتاها بكتاب وقرأه عليها وقال : « هذا كتابي » كان لهما أن يشهدا به .[١]

الظاهرية

أوضحنا فيما سبق رأى الظاهرية فيمن كتب إلى امرأته بالطلاق وقلنا : إنهم يقولون بعدم وقوع الطلاق . وقد استدلوا لذلك بقول الله تعالى : « الطلاق مرتان » وبقوله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » .

وجه الاستدلال :

قال الظاهرية إن اللغة التي خاطبنا الله تعالى بها ورسوله ، صلى الله عليه وسلم ، لا يقع فيها اسم تطليق على أن يكتب ، إنما يقع ذلك على اللفظ به ، فصح أن الكتاب ليس طلاقا حتى يلفظ به إذ لم يوجب ذلك نص .

طلاق من لا يحسن اللغة العربية

يرى الظاهرية أن من لا يحسن التكلم باللغة العربية ، فله - اذا أراد - أن يطلق زوجته أن يطلقها باللفظ الذي يحسن النطق به بشرط أن يترجم هذا اللفظ في العربية بالطلاق .

---

(١) المصدر السابق ص ٤١٥ ، ٤١٦ .

طلاق الأبكم والمريض

ويرى الظاهرية أيضا . أن الأبكم والمريض أن يطلقا بما يقدرا عليه من الصوت ، أو الإشارة التى يوقن بها من سمعها قطعا أنهما أرادا الطلاق ؛ لأن ماليس فى وسع المرء ولا يستطيعه يسقط عنه ، وعلى الإنسان أن يؤدى مما أمر به ما استطاع فقط ، قال الله تعالى : « لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ، وقال الرسول صلى الله عليه وسلم : اذا أمرتكم بأمر فائتوا منه ما استطعتم » [١]

الشيعة الامامية

فى حدود ما لدى من مصادر فقهية لفقه الشيعة الإمامية وجدت أن رأيهم لا يختلف عن رأى الظاهرية فى وجوب التلفظ بلفظ الطلاق ممن يستطيع النطق به — وقد نصوا على أن الطلاق « بالكتب » (بفتح الكاف) لايقع، سواء كان الكاتب حاضرا أو غائبا ، على أشهر القولين فى المذهب [٢] .

طلاق الغضبان

المذهب الحنفى

تكلم فقهاء الأحناف فى شرط القصد الى الطلاق ، كما أوضحوا الحالات التى لايقع فيها الطلاق وإن تلفظ به من يملكه ، ومن الحالات التى ذكروها طلاق المدهوش ، وقالوا : إن المدهوش هو الذى اعترته حالة انفعال لا يدرى فيها ما يقول ويفعل، أو يصل به الانفعال إلى درجة

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٩٨٠ ،مسألة١٩٦ ر١٩٧ ومسألة رقم ١٩٦٠ ر١٩٦١

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للشهيد السعيد زين الدين الجبعي العاملي ج٢ ص ١٤٧

(٣) رد المحتار على الدر المختار ج٢ ص٤٦٣ .

تغلب معها الخلل والاضطراب فى أقواله وأفعاله وذلك بسبب شدة الخوف أو الحزن أو الغضب . وألحقوا بهذه الحالة ما ماثلها من حالات الاضطراب فى الأقوال والأفعال وذلك بسبب الكبر أو المرض (٤). أما الغضبان فقد رجح ابن عابدين عدم وقوع طلاقه فى حالتين هما :

الحالة الأولى : أن يبلغ بالمطلق الغضب نهايته ، فلا يدرى ما يقول ولا يقصده . وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا طلاق فى إغلاق » وقد فسر بعض العلماء الإغلاق بأن يغلق على الشخص باب الإرادة والقصد ، ويسد عليه طريق الوعى ؛ فيكون معنى الحديث واضحا فى أنه لا طلاق لمن أغلق عليه باب الإرادة والقصد، لانفعال شديد ، وذلك بسبب فرط الخوف أو الحزن أو الغضب .

الحالة الثانية : ألا يبلغ به الغضب هذه الغاية ، ولكنه يصل به إلى حالة الهذيان ؛ فيغلب الخلل والاضطراب فى أقواله وأفعاله .

أما إذا كان الغضب أخف من ذلك، وكان يحول دون إدراك ما يصدر منه ولا يوجب خللا فى أقواله وأفعاله فإن الطلاق فيه يقع من غير شبهة .

وجهة نظر ابن عابدين

قال ابن عابدين : للحافظ ابن القيم الحنبلى رسالة فى طلاق الغضبان قال فيها : إنه على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يحصل له مبادىء الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقول ويقصده وهذا لا إشكال فيه .

(الثانى) أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقول ولا يريده فهذا لا ريب أنه لا ينفذ شىء من أقواله .

(الثالث) من توسط بين المرتبتين بحيث لم يصر كالمجنون فهذا محل النظر والأدلة تدل على عدم نفوذ أقواله اه ملخصا من شرح الغاية الحنبلية لكن

أشار فى الغاية إلى مخالفته فى الثالث حيث قال: ويقع طلاق من غضب خلافا لابن القيم اهـ. وهذا الموافق عندنا: لمامر فى المدهوش لكن يرد عليه أنا لم نعتبر أقوال المعتوه مع أنه لا يلزم فيه أن يصل إلى حالة لا يعلم فيها مايقول ولا يريده. وقد يجاب بأن المعتوه لما كان مستمرا على حالة واحدة يمكن ضبطها أعتبرت فيه واكتفى فيه بمجرد نقص العقل، بخلاف الغضب فإنه عارض فى بعض الأحوال. لكن يرد عليه الدهش فإنه كذلك. والذى يظهر لى: أن كلا من المدهوش والغضبان لا يلزم فيه أن يكون بحيث لا يعلم مايقول، بل يكتفى فيه بغلبة الهذيان واختلاط الجد بالهزل كما هو المفتى به فى السكران على مامر. ولا ينافيه تعريف الدهش بذهاب العقل؛ فإن الجنون فنون ولذا فسره فى البحر باختلال العقل. وأدخل فيه العته والبرسام والإغماء والدهش، ويؤيد ما قلنا قول بعضهم: العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادارة، والمجنون ضده. وأيضا فإن بعض المجانين يعرف مايقول ويريده ويذكر مايشهد الجاهل به بأنه عاقل، ثم يظهر منه فى مجلسه ماينافيه فإذا كان المجنون حقيقة قد يعرف مايقول ويقصده، فغيره بالأولى. فالذى ينبغى التعويل عليه فى الدهش ونحوه هو إناطة الحكم بغلبة الخلل فى أقواله وأفعاله الخارجة عن عادته. وكذلك يقال فيمن اختل عقله بكدر أو طرش أو لمصيبة فاجأته، فمادام فى حال غلبة الخلل فى الأقوال والأفعال لا تعتبر أقواله، وإن كان يعلمها ويريدها لأن هذه المعرفة والإرادة غير معتبرة لعدم حصولها عن إدراك صحيح كما لا تعتبر من الصبي العاقل[1].

المذهب المالكى

طلاق الغضبان:

قال المالكية: إن المريض الذى يهذى أى كلام لا معنى له إذا تكلم

---

(١) ابن عابدين حـ ٢ ص ٤٦٢، ٤٦٣.

بالهذيان فطلق زوجته فى حال هذيانه فلما أفاق أنكر أن يكون وقع منه شيء لايقع طلاقه . وأطلق بعض المالكية الحكم فى هذه الحالة . وبعضهم قيد الحكم بما إذا لم تشهد بينة على صحة عقله لقرينة . أما الغضبان فنص العلامة «الدسوقى» فى حاشيته على الشرح الكبير على أن طلاقه يقع ولو اشتد غضبه وقال : إن هذا القول ذكره السيد البليدى فى حاشيته[1] .

المذهب الشافعى

لم أجد للشافعية نصاً صريحاً يمنع من وقوع طلاق الغضبان ؛ فعبارات كتبهم لم تنص إلا على طلاق الصبى ، والمجنون ، والنائم ، والمكره بغير حق ؛ فأبانت أن طلاق هؤلاء لايقع . وذكر فقهاء المذهب أن المغمى عليه والسكران غير المتعدى والمبرسم (وهو من أصابه البرسام وهو وجع فى الرأس يفسد العقل) والمعتوه : وهو الناقص العقل عن خبل لا عن عدم معرفة وتصرف ... فهؤلاء يلحقون بالمجنون فى حكم الطلاق ، بمعنى أن طلاقهم لايقع ، كما لايقع طلاق المجنون . ولم أعثر على نص يفيد عدم وقوع طلاق الغضبان . ومفاد ذلك أن الشافعية كما ، يظهر لى ، يحكمون بوقوع طلاق الغضبان ، كما هو الرأى المعتمد عند المالكية[2] .

المذهب الحنبلى

غضب الرجل على امرأته

صور الفقيه الحنبلى ابن قيم الجوزية فى رسالته : « إغاثة اللهفان فى حكم طلاق الغضبان » الحالات التى يمكن أن تؤدى إلى غضب الزوج على امرأته

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٦٦ — والشرح الكبير على مختصر خليل ج ٢ ص ٣٦٦ .

(٢) حاشية الشيخ إبراهيم الباجورى على شرح ابن قاسم الغزى على متن أبى شجاع ج ٢ ١٩١ — ومغنى المحتاج [illegible] معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٧٩ .

وأن ينتج عنها تلفظه بالطلاق، وبين حكم كل حالة فقال : إنها ثلاث صور ؛

الصورة الأولى:

أن يبلغه عن امرأته أمر ، يشتد غضبه لأجله ويظن أنه حق فيطلقها لأجله، ثم يتبين أنها بريئة منه، فهذا فى وقوع الطلاق به وجهان : أصحهما أنه لا يقع طلاقه ؛ لأنه إنما طلقها لهذا السبب. والعلة ، والسبب، كالشرط فكأنه قال : إذا كانت فعلت كذا فهى طالق ، فإذا لم تفعله لم يوجد الشرط . وقد ذكر المسألة بعينها أبو الوفاء ابن عقيل ، وذكر الشريف بن أبى موسى فى إرشاده ؛ فيما إذا قال: «أنت طالق؛أن دخلت الدار » بفتح همزة أن مراراً، وهو يعرف العربية ، ثم تبين أنها لم تدخل، لم تطلق ، ولا يقال: هو ها هنا قد صرح بالتعليل بخلاف ما إذا لم يصرح به فإن هذا لا تأثير له ، فإنه قد أوقع الطلاق لعلة ، فإذا انتفت العلة تبينا أنه لم يكن مريداً لوقوعه بدونها، سواء صرح بالعلة أو لم يصرح بها . وغاية الأمر أن تكون العلة بمنزلة الشرط ، وهو لو قال : «أنت طالق » وقال : أردت إن فعلت كذا وكذا دين فيما بينه وبين الله تعالى .

وقد ذكر أصحاب الشافعى وأحمد فيما إذا كاتب عبده على عوض فأداه إليه ،فقال: «أنت حر» ثم تبين أن العوض غير مستحق: لم يعتق مع تصريحه بالحرية ، فالطلاق أولى بعدم الوقوع فى هذه الصورة .

الصورة الثانية :

أن يكون قد غضب عليها الأمر قد علم وقوعه منها ، فتكلم بكلمة الطلاق، قاصدا الطلاق ، عالما بما يقوله ، عقوبة لها على ذلك ؛ فهذا يقع طلاقه ؛ إذ لو لم يقع هذا الطلاق لم يقع أكثر الطلاق ، فإنه غالبا لا يقع مع الرضا .

الصورة الثالثة :

ألا يقصد أمرا بعينه ولكن الغضب حمله على ذلك ، وغير عقله ومنعه

كمال التصور والقصد ، فكان بمنزلة الذى فيه نوع من السكر والجنون ، فليس هو غائب العقل ، بحيث لايفهم مايقول بالكلية ، ولا هو حاضر العقل بحيث يكون قصده معتبرا فهذا لا يقع به الطلاق أيضا كما لا يقع بالمبرسم والمجنون .

وقد قسم ابن تيمية الغضب إلى ثلاثة أقسام فقال :

أحدها : أن يحصل للإنسان مبادئه وأوائله ، بحيث لا يتغير عليه عقله ولا ذهنه ويعلم ما يقول ويقصده ، فهذا لا إشكال فى وقوع طلاقه وعتقه وصحة عقوده ، ولا سيما إذا وقع منه ذلك بعد تردد وفكر .

القسم الثانى :

أن يبلغ به الغضب نهايته بحيث ينغلق عليه باب العلم والإرادة ، فلا يعلم ما يقول ولا يريده ، فهذا لا يتوجه خلاف فى عدم وقوع طلاقه كما تقدم ، والغضب غول العقل ، فإذا إغتال الغضب عقله حتى لم يعلم ما يقول فلا ريب أنه لاينفذ شىء من أقواله فى هذه الحالة فإن أقوال المكلف إنما تنفذ مع علم القائل بصدورها منه ومعناها وإرادته للتكلم بها (فالأول) يخرج النائم والمجنون والمبرسم والسكران وهذا الغضبان . (والثانى) يخرج من تكلم باللفظ وهو لا يعلم معناه البته ، فإنه لايلزم مقتضاه . (والثالث) يخرج من تكلم به مكرها وإن كان عالما بمعناه .

القسم الثالث :

من توسط فى الغضب بين المرتبتين فتعدى مبادئه ، ولم ينته إلى آخره بحيث صار كالمجنون ، فهذا موضع الخلاف ومحل النظر ، والأدلة الشرعية تدل على عدم نفوذ طلاقه وعتقه وعقوده التى يعتبر فيها الاختيار والرضا ، وهو فرع من الإغلاق كما فسره به الأئمة . واستدل لذلك ابن القيم بالكتاب والسنة(١) وآثار الصحابة ، والمعقول وكليات الشريعة .

---

(١) رسالة ابن قيم الجوزية « إغاثة اللهفان فى حكم طلاق الغضبان من ١٦ ، ١٧ » .

الأدلة

الكتاب

أما الكتاب فمن وجوه أحدها قوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » .

وجه الاستدلال :

قال ابن جرير في تفسيره : حدثنا ابن وكيع حدثنا مالك بن اسماعيل عن خالد عن عطاء بن رستم عن ابن عباس قال : لغو اليمين : أن تحلف وأنت غضبان ، كما روى عن عطاء عن طاووس قال : « كل يمين حلف عليها رجل وهو غضبان فلا كفارة عليه » فيها ؛ لقوله تعالى: « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم » وقد ذهب القاضي اسماعيل ابن اسحاق « أحد أعلام المالكية » إلى أن الغضبان لا تنعقد يمينه .

٢ ـ قوله تعالى : « ولو يعجل الله للناس الشر استعجالهم بالخير لقضى إليهم أجلهم ، فنذر الذين لا يرجون لقاءنا في طغيانهم يعمهون » .

وجه الاستدلال

قال ابن قيم الجوزيه : في تفسير ابن ابي نجيح عن مجاهد : هو قول الإنسان لولده وماله إذا غضب عليهم : « اللهم لا تبارك فيه والعنه » فلو يعجل لهم الاستجابة في ذلك كما يستجاب في الخير لأهلكهم ... انتهض الغضب مانعا من انعقاد سبب الدعاء ، الذي تأثيره في الإجابة أسرع من تأثير الأسباب في أحكامها ؛ فإن الله سبحانه وتعالى يجيب دعاء الصبي والسفيه والمبرسم ممن لا يصح طلاقه ولا عقوده ، فإذا كان الغضب قد منع كون(١) الدعاء سببا ؛ لأن الغضبان لم يقصده بقلبه ، فإن عاقلا لم يختار إهلاك نفسه وأهله ، وذهاب ماله وقطع يده ورجله ، وغير ذلك بما يدعو به ، فاقتضت

---

(١) المصدر السابق ص٧ .

رحمة العزيز العليم ألا يؤاخذه ، ولا يجيب دعاءه لأنه عن غير قصد منه، بل الحامل له عليه الغضب الذى هو من الشيطان .

اعتراض والرد عليه

قال ابن القيم فإن قيل: إن هذا ينتقض عليكم بالحديث الذى رواه ابو داود عن جابر عن النبي، صلى الله عليه وسلم، أنه قال: «لا تدعو على أولادكم ، ولا على أموالكم، ولا تدعو على خدمكم. ولا توافقوا من الله ساعة لا يسأل فيها شيئا إلا أعطاه » ... قيل لا تنافى بين الآية والحديث ؛ فإن الآية اقتضت الفرق بين دعاء المختار ودعاء الغضبان، الذى لا يختار مادعا به، والحديث دل على أن لله، سبحانه وتعالى، أوقاتا لا يرد فيها داعيا، ولا يُسأل فيها شيئا إلا أعطاه ، فنهى الأمة ... أن يدعو أحدهم على نفسه أو أهله أوماله؛ خشية أن يوافق تلك الساعة، فيجاب له. والإنسان يدعو على غيره ظلما وعدوانا ومع ذلك فقد يستجاب له ، ولكن إجابة دعاء الخير من صفة الرحمة وإجابة ضده من صفة الغضب، والرحمة، تغلب الغضب. والمقصود أن الغضب مؤثر فى عدم انعقاد السبب فى الجملة . ومن هذا قوله تعالى : « ويدعو الإنسان بالشر دعاءه بالخير وكان الإنسان عجولا » وهو الرجل يدعو على نفسه وأهله بالشر فى حال الغضب .

٣ — قوله تعالى : «ولما رجع موسى إلى قومه غضبان أسفا، قال: بئسما خلفتمونى من بعدى ، أعجلتم أمر ربكم ؟ وألقى الألواح وأخذ براس أخيه يجره إليه، قال ابن ام إن القوم استضعفونى ، وكادوا يقتلوننى، فلا تشمت بى الأعداء، ولا تجعلنى مع القوم الظالمين) .

وجه الاستدلال :

ووجه الاستدلال بالآية : أن موسى، صلوات الله عليه وسلامه، لم يكن ليلقى ألواحا كتبها الله تعالى... فيها كلامه، من على رأسه إلى الأرض، فيكسرها اختيارا منه لذلك ، ولا كان فيه مصلحة لبنى اسرئيل ، ولذلك جره بلحيته ورأسه وهو أخوه. وإ[illegible] على ذلك الغضب فعذره الله، سبحانه وتعالى به

ولم يعتب عليه بما فعل؛ إذ كان مصدره الغضب الخارج عن قدرة العبد واختياره، فالمتولد عنه غير منسوب الى اختياره ورضاه به .

٤ — قوله تعالى « ولما سكت عن موسى الغضب أخذ الألواح » .

وجه الاستدلال

عدل، سبحانه وتعالى، عن قوله: سكن إلى قوله: « سكت » تنزيلا للغضب منزلة السلطان الآمر الناهي ، الذي يقول لصاحبه : افعل ... و لا تفعل ؛ فهو يستجيب لداعي الغضب الناطق فيه ، المتكلم على لسانه ، فهو أولى بأن يعذر من المكره الذي لم يتسلط عليه غضب يأمره وينهاه .. كما سيأتي تقريره بعد هـــذا ان شاء الله . وإذا كان الغضب هو الناطق على لسانه الآمر الناهي له لم يكن ما جرى على لسانه في هذه الحال ، منسوبا إلى اختياره ورضاه فلا يتم عليه أثره .

٥ — قوله تعالى « وإما ينزغنك من الشيطان نزغ فاستعذ بالله » .

وجه الاستدلال

ما يتكلم به الغضبان في حال شدة غضبه من طلاق أو شتم ونحوه هو من نزغات الشيطان ، فإنه يلجئه إلى أن يقول مالم يكن مختارا لقوله ؛ فإذا سرى عنه علم أن ذلك من إلقاء الشيطان على لسانه مالم يكن برضاه ويختاره، والغضب من الشيطان، وأثره منه: كما في الصحيح أن رجلين استباعند النبي، صلى الله عليه وسلم، حتى احمر وجه أحدهما وانتفخت أوداجه ؛ فقال النبي، صلى الله عليه وسلم : إني لأعلم كلمة لو قالها ، لذهب عنه ما يجد : « أعوذ بالله من الشيطان الرجيم » . وفي السنن أن النبي. صلى الله عليه وسلم ، قال : « إن الغضب من الشيطان وإن الشيطان من النار . وإنما تطفأ النار بالماء ؛ فإذا غضب أحدكم فليتوضأ » وإذا كان هذا السبب وأثره من إلجاء الشيطان لم يكن من اختيار العبد ، فلا يترتب عليه حكمه .

وأما السنة

١ — ماروته عائشة، رضى الله تعالى عنها عن النبى صلى الله عليه وسلم، قال : « لا طلاق ولا عتاق فى إغلاق » .

وجه الاستدلال

قال أهل العراق إن الاغلاق هو الغضب . وقال أهل الحجاز : إنه هو الإكراه . وقالت طائفة هو جمع الثلاث بكلمة واحدة ... حكى الأقوال الثلاثة صاحب كتاب مطالع الأنوار . فمن فسر الإغلاق بأنه جمع الطلقات الثلاث فى كلمة واحدة اعتمد على أن المطلق قد غلق طلاقة كما يغلق صاحب الدين ما عليه وهو من غلق الباب فكأنه أغلق على نفسه باب الرحمة بجمعه الثلاث . وكان هذا الحديث — على التفسير المذكور لكلمة اغلاق حجة لمن لم يوقع الطلاق المحرم ولا الثلاث بكلمة واحدة ؛ لأنه طلاق محجور على صاحبه شرعاً ، وحجر الشارع يمنع نفوذ التصرف وصحته ، كما يمنع نفوذ التصرف فى العقود المالية .

أما الذين فسروا الإغلاق بالغضب أو بالإكراه فقالوا : الإغلاق مأخوذ من إغلاق الباب وهو إرتاجه وإطباقه ، فالأمر المغلق ضد الأمر المنفرج والذى أغلق عليه الأمر ضد الذى فرج له وفتح عليه ، فالمكره الذى اكره عليه أمر إن لم يفعله وإلا حصل له من الضرر ما أكره عليه — قد أغلق عليه باب القصد والإرادة لما أكره عليه ، فالإغلاق فى حقه بمعنى إغلاق أبواب القصد والإرادة فلم يكن قلبه منفتحا لإرادة القول والفعل الذى اكره عليه ولا لاختيارهما ، فليس مطلق الإرادة والاختيار بحيث اذا شاء طلق وإن شاء لم يطلق ، وإن شاء تكلم وان شاء لم يتكلم بل أغلق عليه باب الإرادة إلا للذى قد أكره عليه ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لا يقل أحدكم : اللهم اغفر لى إن شئت ، اللهم ارحمنى إن شئت ، ولكن ليعزم المسألة فإن الله لا مكره له » رواه البخارى عن أبى هريرة — فبين

النبي، صلى الله عليه وسلم، أن الله لا يفعل الا اذا شاء بخلاف المكره الذى يفعل ما لا يشاؤه، فإنه لا يقال (ما يشاء) إلا اذا كان مطلق الدواعى وهو المختار. وأما من ألزم بفعل معين فلا، ولهذا يقال: المكره غير مختار، ويجعل قسيم المختار لا قسما منه. ومن سماه مختارا فإنه يعنى أن له إرادة واختيارا بالقصد الثانى، فانه يريد الخلاص من الشر، ولا خلاص له الا بفعل ما أكره عليه فصارا مريدا له بالقصد الثانى لا بالقصد الأول.

والغضبان الذى يمنعه الغضب من معرفة ما يقول وقصده؛ فهذا من أعظم الإغلاق. وهو، فى هذه، الحال بمنزلة المبرسم والمجنون والسكران. بل أسوأ حالا من السكران؛ لأن السكران لا يقتل نفسه، ولا يلقى ولده من علو، والغضبان يفعل ذلك. وهذا لا يتوجه فيه نزاع أنه لا يقع طلاقه. والحديث يتناول هذا القسم قطعاً(١).

آثار الصحابة:

وأما آثار الصحابة فمن وجوه؛ أحدها: ما ذكره البخارى فى صحيحه عن ابن عباس أنه قال: الطلاق عن وطر(٢). والعتق ما يبتغى به وجه الله - أى لا ينبغى للرجل أن يطلق امرأته إلا عند الحاجة كالنشوز.

ووجه الاستدلال: أن ابن عباس حصر الطلاق فيما كان عن وطر وهو الغرض المقصود، والغضبان لا وطرَ له.

المعقول وأصول الشريعة:

المؤاخذة إنما ترتبت على الأقوال؛ لكونها أدلة على ما فى القلب من كسبه وإرادته، كما قال تعالى: «لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم، ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم» فجعل الله سبب المؤاخذة كسب القلب، وكسبه هو إرادته وقصده. ومن جرى على لسانه الكلام من غير قصد واختيار بل لشدة غضب وسكر أو غير ذلك لم يكن كسب قلبه، ولهذا لم يؤاخذ الله

(١) من رسالة ابن قيم الجوزيه فى (إغاثة اللهفان فى حكم طلاق الغضبان) ص ١٦.

(٢) الوطر بفتحتين: الحاجة قال أهل اللغة ولا يبنى منها فعل.

سبحانه وتعالى الذى اشتد فرحه بوجود راحلته بعد الإياس منها، فلما وجدها أخطأ من شدة الفرح وقال . اللهم أنت عبدى وأنا ربك ، فجرى هذا اللفظ على لسانه من غير قصد ، فلم يؤاخذه كما يجرى الغلط فى القرآن على لسان القارىء (لكن) قد يقال : هذا قصد الصواب فأخطأ فلم يؤاخذ ، إذ كان قصد ضد ما تكلم به ، بخلاف الغضبان إذا طلق فإنه قاصد الطلاق ويجاب عن هذا الاعتراض بأن لا كلام فى الغضبان العالم بما يقول ،القاصد المختار لحكمه دفعا لمكروه البقاء مع الزوجة . وإنما الكلام فى الذى اشتد غضبه حتى ألجأه الشيطان إلى التكلم بما لم يكن مختارا للتكلم به كما يلجئه إلى فعل ما لم يكن ــ لولا الغضب ــ يفعله . على أن الغضبان يفعل أمورا من شق الثياب، وإتلاف المال وغير ذلك مما لو أكره به حتى يتكلم بالطلاق لم ينفذ طلاقه ولغت أقواله ، فإذا فعل هو هذه الأمور علم أن الذى ألجأه إليها أعظم من الإكراه ، فإن المكره لو أكره بها لم يفعلها ،وهذا فعلها ،فعلم أن المقتضى لفعلها أولى من اقتضاء الإكراه لفعلها . والمكره لو فعل به ذلك كان مكرها ، فالغضبان كذلك. وهذا واضح جداً(٢) .

والغضب مرض من الأمراض وداء من الأدواء، فهو من أمراض القلب نظير الحمى ، والوسواس والصراع فى أمراض الأبدان فالغضبان المغلوب فى غضبه كالمريض ، والمحموم ، والمصروع ، والمغلوب فى مرضه ، والمبرسم المغلوب فى برسامه .

والخلاصة :

أن ابن قيم الجوزيه بعد تحقيقه للغضب وأنه فى حالات ينعدم معه الاختيار والرضا ، وفى حالات لا ... قال بعدم وقوع الطلاق فى الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى : أن يبلغ بالرجل الغضب نهايته ، فلا يدرى ما يقول ولا يقصده ، فى هذه الحالة لا يقع طلاقه .

---

(١) المصدر السابق ص ٢٤ و ٢٥ .

الحالة الثانية: أن لا يبلغ به الغضب هذه الغاية، فكان بحيث تعدى مبادئه ولم ينته إلى آخره ولكنه وصل به إلى حالة الهذيان: فغلب الخلل والاضطراب أقواله وأفعاله .

أما إذا كان الغضب أخف من ذلك، وكان لا يحول دون إدراك ما يصدر منه، ولا يوجب خللا فى أقواله وأفعاله، فإن الطلاق فيه يقع من غير شبهة .

الشيعة الإمامية

قال الإمام الحلى . ولا يصح طلاق المجنون، ولا السكران، ولا المكره، ولا المغضب، مع ارتفاع القصد (١) .

الصريح والكناية

المذهب الحنفى

الطلاق الصريح .

قال الأحناف : صريح الطلاق، هو ما يكون بلفظ لا يستعمل إلا فى حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق أو التطليق كقول الزوج لزجته « أنت طالق » أو « أنت الطلاق » أو « طلقتك » أو « أنت مطلقة » مشدداً . وسمى هذا النوع صريحاً ، لأن الصريح فى اللغة اسم لما هو ظاهر المراد ، مكشوف المعنى عند السامع ، من قولهم ، صرح فلان بالأمر ، أى كشفه وأوضحه ويسمى المشرف صرحاً لظهوره على سائر الأبنية .

صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية

قال الأحناف : صريح الطلاق لا يحتاج ، لإيقاع الطلاق به ، إلى نية ؛ لأن ألفاظ الصريح ظاهرة المراد ؛ لأنها لا تستعمل إلا فى الطلاق عن قيد النكاح ، فلا يحتاج فيها إلى النية لوقوع الطلاق ؛ إذ النية عملها فى تعيين المبهم ، ولا إبهام فيها ؛ قال الله تعالى : « فطلقوهن لعدتهن » حيث شرع الله الطلاق من غير شرط النية . وقال سبحانه وتعالى : « الطلاق مرتان » فأطلق

(١) المختصر النافع ص ١٩٧

ولم يقيد الوقوع بالنية إذا استعمل لفظ الطلاق» وقال تعالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره » فقد حكم سبحانه وتعالى بزوال الحل مطلقاً عن شرط النية . كذلك روى أن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لما طلق امرأته فى حال الحيض أمره رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أن يراجعها، ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو. ولو كانت النية شرطاً لسأله، ولا مراجعة إلا بعد وقوع الطلاق ، فدل على وقوع الطلاق من غير نية . ولهذا قال الأحناف : لو أن رجلا قال لزوجته .أنت طالق ثم قال أردت أنها طالق من وثاق لم يصدق قضاء ؛ لأن ظاهر هـذا الكلام الطلاق عن قيد النكاح فلا يصدقه القاضى فى صرف الكلام عن ظاهره — لكنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله كلامه فى الجملة والله تعالى مطلع على قلبه ؛ أما امرأته فلا يسعها أن تصدقه لأنه خلاف الظاهر . ولو قال الرجل لامرأته . «أنت طالق» وقال . أردت انها طالق من العمل ، لم يصدق ، لا قضاء ، ولا ديانة ؛ لأن هـذا اللفظ لا يستعمل فى الطلاق عن العمل ، فقد نوى مالا يحتمله لفظه أصلا ، فلا يصدق أصلا . وهناك فى المذهب رواية للحسن عن أبى حنيفة أنه يصدق فى الحالة الأخيرة ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه إذا قال نويت بقولى : «أنت طالق» أنها طالق من العمل أو من القيد قد نوى ما يحتمله حقيقة كلامه ؛ لأنها مطلقة من هذين الأمرين حقيقة ، فجاز أن يصدق فيه . لكن لو صرح الرجل بما نواه بأن قال لزوجته «أنت طالق» من وثاق لم يقع طلاق، لا قضاء، ولا ديانة؛ لأن المرأة قد توصف بأنها طالق من وثاق وإن لم يكن مستعملا ، فإذا صرح به يحمل عليه .

قول الرجـــل لامرأته كونى طالقاً :

لو قال الرجل لزوجته كونى طالقاً أو اطلقى .. روى ابن سماعة عن محمد، رحمة الله عليه، أن المرأة تطلق، فالكلام وإن كان على صيغة الأمر لكنه ليس أمراً حقيقياً ، بل هو عبارة عن إثبات كونها طالقاً ، كما فى قوله تعالى: «كن» فيكون» فهو كناية عن التكوين . ولا تكون المرأة طالقاً إلا بالطلاق .

يامطلقة

ولو قال الرجل لامرأته يا مطلقة، وقع عليها الطلاق؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة، ولا تكون مطلقة إلا بالتطليق؛ فإن قال: أردت الشتم لا يصدق قضاء: لأنه خلاف الظاهر: لأنه نوى فيما هو وصف ألا يكون وصفاً، فكان عدولا عن الظاهر فلا يصدقه القاضى. لكن لو كان لها زوج آخر: فقال: عنيت ذلك دين فى القضاء؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأنه وصفها بكونها مطلقة فى نفسها من غير الإضافة لى نفسه، وقد تكون مطلقته، وقد تكون مطلقة زوجها الأول، فالنية صادفت محلها فصدق فى القضاء، وإذا لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل أن تكون مطلقة غيره، فانصرف الوصف إلى كونها مطلقة له.

أنت طالق قد طلقتك:

ولو قال لزوجته «أنت طالق قد طلقتك» يقع ثنتان إذا كانت المرأة مدخولا بها؛ لأنه ذكر جملتين، كل واحدة منهما إيقاع تام لكونه مبتدأ وخبراً، والمحل قابل للوقوع. ولو قال عنيت بالثانى الإخبار عن الأول لم يصدق فى القضاء؛ لأن هذه الألفاظ فى عرف اللغة والشرع تستعمل فى إنشاء الطلاق فصرفها إلى الإخبار يكون عدولا عن الظاهر فلا يصدق فى القضاء. (١)

صريح الطلاق بغير اللغة العربية يحتاج إلى النية:

قال أبو حنيفة فى فارسى قال لإمرأته «بهشتم أن زن» أو قال: «إن زن بهشتم» أو قال «بهشتم» لا يكون ذلك طلاقاً إلا أن ينوى به الطلاق، لأن معنى هذا اللفظ بالعربية خليت. وقوله خليت كناية من كنايات الطلاق بالعربية فكذا هذا اللفظ. إلا أن أبا حنيفة فرق بين اللفظين من وجهين؛ (أحدهما): أنه إذا نوى الطلاق بقوله: «خليت» يقع بائناً. وإذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع رجعياً؛ لأن هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحاً فى لغتهم،

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٣ ص١٠٢.

ويحتمل أن يكون كناية فلا تثبت البينونية بالشك. (الثانى): وقال أبو حنيفة : إن قوله: خليت فى حال الغضب وفى حال مذاكرة الطلاق يكون طلاقاً ، حتى لا يدين فى قوله : إنه ما أراد به الطلاق . وهذا اللفظ فى هاتين الحالتين لا يكون طلاقاً ، حتى لو قال . ما أردت به الطلاق يدين فى القضاء ؛ لأن هـذا اللفظ أقيم مقام التخلية فكان أضعف من التخلية فلا تعمل فيه دلالة الحال .

رأى آخر :

وقال أبو يوسف : إذا قال : « بهشتم إن زن » أو قال « إن زن بهشتم » فهى طالق نوى الطلاق أو لم ينو . وتكون تطليقة رجعية ؛ لأن أبا يوسف خالط العجم ودخل جرجان فعرف أن هذا اللفظ فى لغتهم صريح . أما لو قال « بهشتم » ولم يقل « إن زن » فإن قال ذلك فى حال سؤال الطلاق ، أو فى حال الغضب فهى طلقة واحدة يملك الرجعة ، ولا يدين أنه ما أراد به الطلاق فى القضاء . وإن قال فى غير حال الغضب ومذاكرة الطلاق يدين فى القضاء ؛ لأن معنى قولهم : « بهشتم » خليت . وليس فى قوله خليت إضافة إلى النكاح ، ولا إلى الزوجة ، فلا يحمل على الطلاق إلا بقرينة نية أو بدلالة حال وحال الغضب ، ومذاكرة الطلاق دليل على إرادة الطلاق ظاهراً فلا يصدق فى الصرف عن الظاهر . وقال أبو يوسف : لو نوى الرجل بهذا اللفظ الطلاق والبائن فبائن ، وإن نوى ثلاثاً فثلاث ؛ لأن هـذا اللفظ وإن كان صريحاً فى الفارسية فمعناه التخلية فى العربية ، فكان محتملا للبينونة والثلاث بلفظ التخلية فجاز أن يحمل عليه بالنية . ووافق محمد أبا يوسف فى أن هذه الألفاظ هى من صريح الطلاق إلا قول المطلق « بهشتم » دون ذكر - زن - أو « أن زن » — فقال محمد: إنه إن كان فى حال مذاكرة الطلاق فيعتبر من صريح الطلاق ، ولا يدين أنه ما أراد به الطلاق . وإن لم يكن فى حال مذاكرة الطلاق يدين سواء كان فى حال الغضب أو الرضا ؛ لأن معنى هـذا اللفظ باللغة العربية أنت مخلاة ، أو قد تركتك .

وقال زفر : إذا قال «بهشتم» ونوى الطلاق بائنا أو غير بائن فهو بائن . وإن نوى ثلاثاً فثلاث ، وإن نوى اثنين فاثنتان ـ فهذه اللفظة تجرى مجرى قوله : «خليت» ولو قال : «خليتك» ونوى الطلاق فهى واحدة بائنة نوى البينونة أو لم ينو . وإن نوى ثلاثاً يكون ثلاثاً ، وإن نوى اثنتين يكون اثنتين على أصله ، فكذا هذا .

الرجوع إلى العرف

وقال صاحب البدائع : «والأصل الذى عليه الفتوى فى زماننا هذا فى الطلاق بالفارسية أنه إن كان فيها لفظ لا يستعمل إلا فى الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية إذا أضيف إلى المرأة مثل أن يقول فى عرف ديارنا «دها كنم» أو فى عرف خراسان والعراق «بهشتم» ؛ لأن الصريح لا يختلف باختلاف اللغات ، وما كان فى الفارسية من الألفاظ ما يستعمل فى الطلاق وفى غيره فهو من كنايات الفارسية ، فيكون حكمه حكم كنايات العربية فى جميع الأحكام .

ألفاظ الصريح لا يقع بها البائن :

قال الأحناف : لو قال لامرأته : «أنت طالق» ونوى به الإبانة لغت نيته ؛ لأنه نوى تغيير الشرع؛ لأن الشرع أثبت البينونة بهذا اللفظ مؤجلا، إلى ما بعد انقضاء العدة ؛ فإذا نوى إبانتها للحال معجلا ، فقد نوى تغيير الشرع، وليس له هذه الولاية، فبطلت نيته. وإن نوى ثلاثا لغت نيته أيضا فى ظاهر الرواية . وذكر الطحاوى أنه لا يكون واحدة وإن نوى الثلاث .

رأى آخر بوقوع الثلاث :

وروى عن أبى حنيفة القول بوقوع الطلاق الثلاث لو قال الرجل لامرأته «أنت طالق» ونوى بقوله هذا أنها تطلق ثلاثا فتصح نيته الثلاث ، وبه أخذ الشافعى .

وجه هذه الرواية :

قال الآخذون بالرواية السابقة: إن قول الزوج لزوجته: « أنت طالق » مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه، فيدل على ثبوت مأخذ الأشتقاق وهو الطلاق كسائر الألفاظ المشتقة من المعاني؛ ألا ترى أنه لا يتصور الضارب بلا ضرب ، ولا القاتل بلا قتل ، فلا يتصور الطالق بلا طلاق فكان الطلاق بائنا، فصحت نية الثلاث منه ، كما لو نص على الطلاق؛ فقال : « أنت طالق » وكما لو قال لها : « أنت بائن » ، ونوى الثلاث ، فإنه تصح نية الثلاث لما سبق قلنا ، فكذا هذا .

أدلة من قال بعدم وقوع الثلاث :

واستدل أصحاب الرأى القائل بعدم وقوع الطلاق الثلاث فيما لو قال الرجل لزوجته : « أنت طالق » ونوى الثلاث . بالكتاب والمعقول .

أما الكتاب:

فقوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن ، فأمسكوهن بمعروف، أو سرحوهن » .

وجه الاستدلال :

أثبت الله فى الآية السابقة الرجعة حال قيام العدة للمطلق مطلقا من غير فصل بين ما إذا نوى الثلاث أو لم ينو، فوجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق التطليق ، إلا بما قيد بدليل .

أما المعقول:

فقد قال صاحب البدائع : [١] « إنه نوى مالا يحتمله لفظه فلا تصح نيته ، كما إذا قال لها . « اسقينى » ونوى به الطلاق ، ودلالة الوصف أنه نوى الثلاث — وقوله طالق لا تحتمل الثلاث لوجهين .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ١٠٣ ، ١٠٤

(أحدهما): أن طالق اسم للذات، وذاتها واحد، والواحد لا يحتمل العدد، إلا أن الطلاق ثبت مقتضى الطالق، ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا. لأن الطالق بدون الطلاق لا يتصور، كالضارب بدون الضرب. وهذا المقتضى غير متنوع فى نفسه، فكان عدما فيما وراء صحة التسمية، وذلك على الأصل المعهود فى الثابت ضرورة: فهو، يقدر بقدر الضرورة، ولا ضرورة فى قبول نية الثلاث: فلا يثبت فيه. بخلاف ما إذا قال لها: «أنت طالق طلاقا»؛ لأن الطلاق هناك منصوص عليه فكان ثابتا من جميع الوجوه، فيثبت فى حق قبول النية. وبخلاف قوله: «أنت بائن»؛ لأن البائن مقتضاه البينونة، وأنها متنوعة إلى غليظة وخفيفة، فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك؛ لتنوع محل الاشتقاق، وهو البينونة، كاسم الجالس يقال: جلس أى قعد. ويقال جلس أى أتى، فكان الجالس من الأسماء المشتركة؛ لتنوع محل الاشتقاق، وهو الجلوس فكذا البائن، والاسم المشترك لا يتعين المراد منه إلا بمعين، فإذا نوى الثلاث، فقد عين إحدى نوعى البينونة، فصحت نيته. وإذا لم تكن له نية لا يقع شىء؛ لانعدام المعين، بخلاف قوله «طالق»؛ لأنه مأخوذ من الطلاق، والطلاق فى نفسه لا يتنوع؛ لإنه رفع القيد. والقيد نوع واحد.

(والثانى): إن سلمنا أن الطلاق صار مذكورا على الإطلاق، لكنه، فى اللغة والشرع، عبارة عن رفع قيد النكاح. والقيد، فى نكاح واحد، واحد، فيكون الطلاق واحدا ضرورة، فإذا نوى الثلاث فقد نوى العدد فيما لا عدد له، فبطلت نيته، فكان ينبغى ألا يقع الثلاث أصلا؛ لأن وقوعه ثبت شرعا، بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع.

لو قال أنت طالق طلاقا

ولو قال الرجل لزوجته: «أنت طالق طلاقا»، فإن لم تكن له نية، فتقع طلقة واحدة. وإن نوى ثلاثا؛ فى المذهب روايتان؛

الأولى: أنه تقع ثلاث طلقات. كذا ذكر فى الأصل .

والثانية : أنه يقع طلقة واحدة ؛ فقد ذكر فى الجامع الصغير عن أبى حنيفة أنه قال : إن قال الرجل لامرأته «أنت طالق طلاقا» ونوى الثلاث لا تقع إلا واحدة. وعلل لهذا الرأى بأن ذكر المصدر للتأكيد؛ لأن قوله: «أنت طالق» يقتضى الطلاق فكان قوله : «طلاقا» تنصيصا على المصدر الذى اقتضاه طالق فكان تأكيدا كما يقال: قمت قياما، وأكلت أكلا، فلا يفيد إلا ما أفاده المؤكد وهو قوله «طالق» فلا يقع إلا واحدة ، كما لو قال: «أنت طالق» ونوى به الثلاث(١) .

وجه الرواية الأولى :

أما وجه الرواية القائلة بصحة نية الثلاث ووقوع الطلاق ثلاثا فى حالة قوله «أنت طالق طلاقا» ونوى به الثلاث فهو : أن قوله «طلاقا» مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق ؛ لأن المصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل : قال الله تعالى : «لا تدعوا اليوم ثبورا واحدا، وادعوا ثبورا كثيرا» فقد وصف الثبور الذى هو مصدر بالكثرة ، والثلاث فى عقد واحد كل جنس الطلاق ، فإذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته ، وإذا لم تكن له نية فيحمل على الواحد ؛ لأنه متيقن. وحمل المصدر على التأكيد إذا لم يمكن حمله على فائدة. وههنا أمكن حمله على مايفيد وهو الثلاث .

قال لزوجته : «أنت الطلاق»

ولو قال لزوجته : «أنت الطلاق» ونوى الثلاث صحت نيته؛ لأن الفعل قد يذكر بمعنى المفعول؛ يقال: «هذا الدرهم ضرب الأمير» أى مضروبه. وهذا «علم أبى حنيفه» أى معلومه، فلو حملناه على المصدر للغا كلامه ، ولو حملناه

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ١٠٢ .

على معنى المفعول لصح فكان الحمل عليه أولى وصحت نية الثلاث ؛ لأن النيه تتبع المذكور ، بلام الجنس .

جعل الرجعى بائناً

لو طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية ثم لو قال لها قبل انقضاء العدة: قد جعلت تلك التطليقة التي أوقعتها عليك ثلاثا، أو قد جعلتها بائنا — اختلف الأئمة الثلاثه فى ذلك على النحو التالى :

قال أبو حنيفة : يكون ثلاثا ، ويكون بائنا ؛ لأنه يملك إيقاع هذه التطليقه بائنة من الابتداء فيملك إنشاء الإبانة فى هذه الجملة كما كان يملكها فى الابتداء . ومعنى جعل الواحدة ثلاثا أنه ألحق بها تطليقتين أخريين، لا أنه جعل الواحد ثلاثا .

وقال أبو يوسف : يكون بائنا ولا يكون ثلاثا؛ لأن التطليقة الرجعية يحتمل أن تلحقها البينونة فى الجملة، ألا ترى أنه لو تركها حتى انقضت عدتها تصير بائنة لجاز تعجيل البينونة فيها أيضا . فأما الواحدة فلا يحتمل أن تصير ثلاثا أبدا فلغا قوله « جعلتها ثلاثا » .

وقال محمد : لا يكون ثلاثا ولا بائنا ؛ لأن الطلاق بعد وقوعه شرعا بصفة لا يحتمل التغيير عن تلك الصفة ، لأن تغييره تغيير للشرع والعبد لا يملك ذلك ألا ترى ان الرجل لو طلق زوجته ثلاثا لجعلها واحدة لا تصير واحدة وكذا لو طلقها تطليقة بائنة لجعلها رجعية لا تصير رجعية ؛ لأن فى ذلك تغييرا للشرع والعبد لا يملك ذلك فكذا هنا لا يملك جعل الرجعية ثلاثا كما لا يملك جعل الطلاق الرجعى بائنا[1] .

المذهب المالكى

صريح الطلاق

قال المالكية : الطلاق الصريح ألفاظه أربعة . وهو محصور فى هذه

(١) المصدر السابق .

الألفاظ دون غيرها من الألفاظ؛ وهي : طلقت ، وأنا طالق منك ، وأنت طالق ، وأنت مطلقة ، أو الطلاق لي ، أو علي ، أو مني ، أولك ، أو عليك ، أو منك ونحو ذلك بشرط قصد التلفظ والنطق بواحد من هذه الألفاظ المذكوره ، فهذه الألفاظ وإن كانت في الأصل اخبار لكن نقلها العرف لإنشاء حل العصمة، فمتى قصد النطق بها لزم الطلاق، سواء قصد بها حل العصمة أولا . أما ماعداها من ألفاظ فلا تكون من صريح الطلاق بل تحتاج إلى نية حل العصمة كقوله لزوجته : أنت منطلقة ، أو مطلوقة ، أو مطلقة، بسكون الطاء وفتح اللام مخففة حيث لم ينقل العرف هذه الألفاظ لحل العصمة ، فهي من قبيل الكناية الخفية ، فتحتاج إلى نية الطلاق لوقوع الطلاق بها[1] .

الطلاق الواقع بألفاظ الصريح

قال المالكية : وتلزم في لفظ من الألفاظ المذكورة طلقة واحدة إلا لنية أكثر فيلزم المطلق مانواه . لكن هل توجه يمين التهمة إلى الزوج ويحلف أنه ما أراد بقوله: انت طالق مثلا سوى واحدة فقط وأنه لم يرد أكثر من واحده ؟ وقال فقهاء المالكية: لا توجه إليه اليمين في الفتوى . أما في القضاء ففي المذهب قولان . (الأول) نقل اللخمي عن ابن القاسم وهو المشهور في المذهب أنه يحلف . (والثاني) أنه لا يحلف وقد روى ذلك المدنيون عن مالك بن بشير[2] .

المذهب الشافعي

صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية

قال الشافعية: صريح الطلاق يقع به الطلاق بلانية الايقاع، ولو قال: لم أنو ، به الطلاق لم يقبل. وحكى الخطابي فيه الإجماع .

---

(١) الشرح الكبير لسيدي احمد الدرديري ج ٢ ص ٣٧٨ وحاشية الدسوقي عليه .

(٢) المصدر السابق ذات الجزء والصفحة .

معنى الصريح وألفاظه :

قال الشافعية: إن صريح الطلاق هو مالا يتحمل ظاهره غير الطلاق. وألفاظ الصريح هى : ما اشتق من « الطلاق » لاشتهاره فيه لغـة وعرفا . وألحق به، على المشهور فى المذهب ما أشتق من « الفراق » ـــ أو ما أشتق من « السراح » بفتح السين لورودهما فى القرآن بمعنى الطلاق وفى المذهب رواية أخرى أن ما اشتق من « الفراق أو السراح » ليسا من قبيل صريح الطلاق بل من كنايته ؛ لأنهما لم يشتهرا اشتهار الطلاق ويستعملان فيه وفى غيره.. فلفظ أنت طالق، ويا طالق،إذ لم يكن اسمها ذلك، وأنت مطلقة من الالفاظ الصريحة فى الطلاق .

ترجمة الطلاق من قبيل الصريح

قال الشافعية : الأصح أن ترجمة لفظ الطلاق إلى غير اللغة العربية من قبيل صريح الطلاق؛ لشهرة استعمالها فى معناها عند أهلها شهرة استعمال العربية عند أهلها . وفى المذهب قول آخر بأن ترجمة لفظ الطلاق إلى غير اللغة العربية من قبيل كنايات الطلاق ، اقتصارا فى الصريح على العربى لوروده فى القرآن ، وتكرره على لسان حملة الشرع .

أما ترجمة لفظ « الفراق » أو لفظ « السراح » فهى من قبيل الكناية . جزم بذلك ابن المقرى فى روضه . وصحح هذا الرأى فى أصل الروضة . وعلل فقهاء الشافعية لذلك فقالوا : إن المتفق عليه هو أن لفظ « الطلاق » أو ما اشتق منه هو من قبيل صريح الطلاق . أما ما اشتق من لفظ « الفراق . أو السراح » فليس محل اتفاق فى كونه من صريح الطلاق فإذا ترجما ـــ كانا من الضعف بحيث . لا تعتبر ترجمتهما من قبيل صريح الطلاق .

شهرة اللفظ فى إيقاع الطلاق

قال الشافعية : لو اشتهر ،عرفا، لفظ للطلاق، «كالحلال على حرام » أو « حلال الله علىّ حرام » أو « أنت علىّ حرام » « الحرام يلزمنى » أو « على الحرام » كما بحثه الزركشى، فهذه الألفاظ قيل تصبح صريحة فى الطلاق عند من اشتهرت عندهم ، لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم عندهم . والأصح كما يقول صاحب المنهاج أنها من ألفاظ الكناية . وعلى هذا أكثر الشافعية ، لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن به وتكرره على لسان حملة الشرع ، وليس المذكور كذلك .

صريح الطلاق عند المشركين

قال الماوردى : إن كل ما كان عند المشركين صريحا فى الطلاق أجرى عليه حكم الصريح وإن كان كناية عندنا ، وكل ما كان كناية عندهم أجرى عليه حكم الكناية وإن كان صريحا عندنا ؛ لأنا نعتبر عقودهم فى شركهم ، فكذا طلاقهم . ويفهم من كلام صاحب المغنى أن الذى عليه أكثر علماء الشافعية هو أن الصريح من الطلاق هو ما استقر عليه فقهاء الشافعية فقط سواء وافق هذا عرف المشركين فى طلاقهم أو لا . فلا عبرة بعرف المشركين فى هذا الخصوص. ولكن صاحب المغنى رجح رأى الماوردى[1].

المذهب الحنبلى

صريح الطلاق

للحنابلة فى صريح الطلاق قولان ؛

أحدهما أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ : الطلاق ، والفراق ، والسراح وما تصرف منهن .

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة م[illegible] المنهاج جـ٣ ص ٢٨٠ للفقيه الشيخ محمد الشربينى الخطيب.

(ثانيها) وهو ما ذهب إليه أبو عبدالله بن حامدمن أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده وما تصرف منه لاغير . وحجة هـذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان فى غير الطلاق كثيرا فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته . أما أصحاب الرأى الأول فقالوا : إن هذه الألفاظ الثلاثة (الطلاق، والفراق ،والسراح) قدورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين فكانت صريحة فيه كلفظ الطلاق . قال الله تعالى : « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وقال : « فأمسكوهن بمعروف » وقال سبحانه وتعالى : « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته » وقال سبحانه « فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » .

الترجيح:

رجح صاحب المغنى قول ابن حامد وقال إنه أصح ؛ لأن الصريح فى الشيء ما كان نصافيه لايحتمل غيره إلا احتمالا بعيدا ،ولفظ الفراق والسراح وأن وردا فى القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين. فقد وردا لغير ذلك المعنى، وفى العرف، كثيرا . قال الله تعالى: (واعتصموا بحبل الله جميعاً ولا تفرقوا)، وقال جل وعلا : (وما تفرق الذين أوتوا الكتاب) ففى الآيتين المذكورتين استعمل لفظ الفراق لغير الطلاق فلامعنى لتخصيصه بفرقة الطلاق. أما المراد بلفظ الفراق فى قوله تعالى : « أو فارقوهن بمعروف » فهو ترك ارتجاعها ولم يرد به الطلاق . وكذلك قوله تعالى : « أو تسريح بإحسان » ، ـ ولفظ الطلاق مختص بالفرقة بين الزوجين سابق إلى الإفهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح (١).

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٦٤ ــ والشرح الكبير على هامش المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٢٧٥ .

الصريح لايحتاج إلى نية

وصريح الطلاق متى تلفظ به المطلق وكان ممن يملك الطلاق يقع به الطلاق متى صادف محلا وذلك دون أن يتوقف على نية الطلاق فاذا قال لامرأته طلقتك أو أنت طالق ، أو مطلقة وقع الطلاق من غير نية . قال صاحب الشرح الكبير : « وحجة ذلك أن الصريح لايحتاج إلى نية بل يقع من غير قصد . فمتى قال : أنت طالق ، أو مطلقة أو طلقتك ، وقع من غير نية بغير خلاف ؛ لأن ما يعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية إذا كان صريحا فيه ، كالبيع ، سواء قصد المزح أو الجد ؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد . النكاح ، والطلاق ، والرجعة » . رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن صحيح . قال ابن المنذر . أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء ، روى هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء وعبيدة وبه قال الشافعى وأبو عبيد قال أبو عبيد : هو قول سفيان وأهل العراق (١) » .

تأثير النية فى الصريح

قال الحنابلة . إذا نوى بقوله : « أنت طالق » أنها طالق من وثاق ، أو ادعى أنه قد سبق لسانه بلفظ الطلاق حينما أراد نداءها أو نحو ذلك فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى (فمتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه) . قال أبو بكر : لاخلاف عن أبى عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته اسقينى ماء فسبق لسانه ، ونطق قائلا أنت طالق ، أو أنت حرة ، أنه لا طلاق فيه . ونقل ابن منصور عنه أنه سئل عن رجل حلف فجرى على لسانه غير ما فى

---

(١) الشرح الكبير ، متن المقنع لشمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى جـ ٨ ص ٢٧٥ على هامش المغنى لابن قدامة — ذات الجزء والصفحة

قلبه . فقال : أرجو أن يكون الأمر فيه واسعاً . أما بالنسبة لقبول هذا الادعاء قضاء، فينظر إلى القرائن إن كانت تصدقه فى دعواه أم لا ، فإن كانت قرينة الحال شاهدة على أنه قصد الطلاق لم يقبل قوله فى الحكم: كأن يكون الحال الذى تلفظ به حال غضب ومشاجرة مع زوجته ، أو حال سؤالها الطلاق ؛ لأن اللفظ الذى نطق به وهو « أنت طالق » ظاهر فى الطلاق ، وقرينة الحال تدل عليه فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين، فلا تقبل . وإن لم يكن فى هذه الحال فظاهر كلام أحمد فى رواية ابن منصور و أبى الحارث أنه يقبل قوله؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقبل كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها . وقال القاضى : فيه روايتان (إحداهما) التى ذكرناها وهى ظاهر كلام أحمد (والثانية) لا يقبل قوله : لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر فى العرف، فلم يقبل فى الحكم ، إلا إذا صرح بذلك فى اللفظ فقال : طلقتك من وثاقى ، أو فارقتك بجسمى ، أو سرحتك من يدى ، فلا شك أن الطلاق لا يقع ؛ لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط[١] .

أنت مطلقة

للحنابلة آراء فيما لو قال الرجل لامرأته أنت مطلقة : فقد نسب صاحب الشرح الكبير إلى أبى بكر أنه قال فيما إذا قال الرجل لامرأته : «أنت مطلقة» ونوى أنها مطلقة طلاقا ماضياً من زوج كان قبله . لا يقع الطلاق فى هذه الحالة . أما إذا لم ينوى شيئاً فعلى قولين : « أحدهما » قول بوقوع الطلاق « والثانى » قول بعدم وقوع الطلاق . وقال صاحب الشرح الكبير : وهذا يقتضى أن تكون هذه اللفظة غير صريحة فى أحد القولين ، قال القاضى : « المنصوص عليه عن أحمد أنه صريح . وهو صحيح : لأن هذه متصرفة من

---

(١) المصدر السابق ذات الجزء والصفحة .

لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله: أنت طالق، فإن قال: أردت بقولى أنها مطلقة من زوج كان قبلى؛ ففيه وجه ثالث: أنه يقبل إن كان وجد؛ لأن كلامه يحتمله. ولا يقبل إن لم يكن قد وجد؛ لأنه لا يحتمله[1].

أنت الطلاق

إذا قال الرجل لزوجته: أنت الطلاق. قال القاضى: لا تختلف الرواية عن أحمد فى أن الطلاق يقع به؛ نواه أو لم ينوه[2]، لأن لفظ الطلاق صريح فلم يفتقر إلى نية كالمتصرف منه. وهو مستعمل عرفاً فى إيقاع الفرقة بين الزوجين. وهو وإن كان مصدر والأعيان لا توصف بالمصادر إلا مجازاً، لكن يتعذر هنا حمله على الحقيقة ولا محل له سوى حمله على أنه لحل عقدة النكاح فتعين فى هذا الوجه.

صريح الطلاق بغير العربية

قال الحنابلة: إذا أتى المطلق بلفظ غير عربى، موضوع عند من يتكلم به فى إيقاع الطلاق صراحة، اعتبر من قبيل الطلاق الصريح ويقع به الطلاق بغير نية، فالعبرة بعرف كل لغه عند من يستعملها ولا يضر أن تكون ترجمة اللفظ إلى اللغة العربية تعطى معنى للطلاق غير صريح فى اللغة العربية. فالعبرة عند كل قوم هى لغتهم[3].

الظاهرية

صريح الطلاق لا يقع إلا بالنية

قال الظاهرية: لا يقع طلاق إلا بلفظ من أحد ثلاثة؛ إما الطلاق،

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٦٥، ٢٦٦ والشرح الكبير على هامش المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٢٧٩، ٢٨٠.

(٢، ٣) المصدر السابق جـ ٢٦٦، ٢٦٧.

وإما السراح، وإما الفراق . فمن قال لامرأته: أنت طالق أو مطلقة ، أو قد طلقتك ، وأنت طالقة،أو أنت الطلاق أو أنت مسرحة ، أو قد سرحتك ، أو أنت السراح ، أو أنت مفارقة ، أوقد فارقتك ، أوأنت الفراق ، ونوى به الطلاق . فإن قال فى شىء من ذلك كله. لم أنو الطلاق صدق فى الفتيا ولم يصدق فى القضاء فى الطلاق وماتصرف منه ، وصدق فى السراح أو الفراق قضاء وفتياً . وما عدا هذه الألفاظ فلا يقع بها طلاق البتة نوى بها طلاقا أولم ينو، لافى فتياً ولافى قضاء .مثل الخلية والبرية، وأنت مبرأة وقد بارأتك، وحبلك على غاربك .

الدليل

استدل الظاهرية لرأيهم بالكتاب والمعقول ؛ فقالوا :

أما الكتاب:

فقوله تعالى: «ثم طلقتموهن[١]» وقوله تعالى: «فطلقوهن لعدتهن[٢]» وقوله «وللمطلقات متاع بالمعروف[٣]» وقوله تعالى : (وسرحوهن سراحاً جميلا[٤]) وقوله تعالى ؛ (فإمساك بمعروف أوتسريح بإحسان[٥]) وقوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف[٦]) وقوله تعالى (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته[٧]) .

وجه الاستدلال:

قال ابن حزم : لم يذكر الله تعال حل عقد النكاح إلا بهذه الألفاظ . فلايجوز لرجل حل عقدة عقدت بكلمة الله ،عزوجل، وسنة رسول الله،صلى

(١) الآية رقم ٤٩ من سورة الاحزاب .
(٢) الآية رقم ١ من سورة الطلاق .
(٣) الآية رقم ٢٤١ من سورة البقرة .
(٤) الآية رقم ٤٩ من سورة الاحزاب .
(٥) الآية رقم ٢٢٩ من سورة البقرة .
(٦) الآية رقم ٢٣١ من سورة البقرة .
(٧) الآية رقم ١٣٠ من سورة النساء

الله عليه وسلم إلا بما نص الله عز وجل عليه وإلا كان متعدياً (ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه[١]) .

الصريح يحتاج إلى النية

وخالف الظاهرية اجماع الفقهاء فقالوا : إن هذه الألفاظ الصريحة فى الطلاق لا يقع بها الطلاق إلا إذا نوى بها الطلاق ، لقول الرسول ، صلى الله عليه وسلم : « إنما الأعمال بالنيات ، ولكل امرىء مانوى » لكن إن ادعى عدم نية الطلاق بهذه الألفاظ فإن كان قد نطق بلفظ الطلاق فلا يصدق قضاء ويصدق فى الفتيا . وكذا سائر ما تصرف من لفظ الطلاق . أما إذا كان قد نطق بلفظ السراح أو الفراق وقال لم أنو بهما الطلاق صدق فى هذا الادعاء فى الفتيا والقضاء ؛ لأن لفظة الطلاق وما تصرف منها لا يقع فى اللغة التى خاطبنا الله عز وجل بها فى أحكام الشريعة إلا على حل عقد الزواج، فقط، لا معنى آخر البتة ، فلا يجوز أن يصدق فى دعواه فى حكم قد ثبت بالبينة عليه وفى إسقاط حقوق وجبت يقيناً للمرأة بالطلاق قبله وراعينا دعواه تلك فى الفتيا ؛ لأنه قد يريد لفظاً آخر فيسبقه لسانه إلى ما لم يرده فإذا لم يعرف ذلك إلا بقوله، فقوله كله مقبول ، لا يجوز أخذ بعضه وإسقاط بعضه ، وأما ألفاظ السراح والفراق، فإنها تقع فى اللغة التى بها خاطبنا الله عز وجل فى شرائعه على حل عقد النكاح وعلى معان آخر وقوعاً مستوياً ، ليس معنى من تلك المعانى أحق بتلك اللفظة من سائر تلك المعانى، فيكون « أنت مسرحة» أى أنت مسرحة للخروج إذا شئت ، وبقوله « قد فارقتك » « وأنت مفارقة » فى شىء مما بينهما ما لم توافقه فيه ، فلما كان ذلك كذلك لم يجز أن يحكم بحل عقد صحيح بكلمة الله ، عز وجل، بغير يقين ما يوجب حلها[٢] .

---

(١) الآية رقم ١ من سورة الطلاق .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٨٥ و١٨٦ و١٨٧

لا طلاق بغير الصريح

وقال الظاهرية : إن ما عدا الألفاظ الثلاثة السابقة « الطلاق والسراح والفراق» لا يقع بها طلاق ألبتة، نوى بها طلاقا أو لم ينو، لا فى فتيا ولا فى قضاء، سواء فى ذلك الألفاظ التى يكنى بها عن الطلاق « كأنت خلية » « وحبلك على غاربك » لأن هذه ألفاظ جاءت فيها آثار مختلفة الفتيا عن نفر من الصحابة رضى الله عنهم . ولم يأت فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء أصلا ولا حجة فى كلام غيره، صلوات وسلامه عليه ، لا سيا فى أقوال مختلفة ليس بعضها أولى من من بعض[1] .

الشيعة الإمامية

الصيغة من أركان الطلاق عند الشيعة الإمامية واللفظ الصريح من الصيغة هو : « أنت طالق » أو « هذه طالق» ويذكر اسم الزوجة أو ما يفيد تعيينها أو يقول « زوجتى طالق »

صريح الطلاق

وينحصر عند الشيعة الإمامية صريح الطلاق فى لفظ «طالق» فلا يكفى «أنت طلاق » لأن النص وارد « بطالق » ويجب أن نقف عند مورد النص . وقد انعقد الإجماع على أن صريح الطلاق منحصر فى لفظة « طالق » ؛ استصحاباً للزوجية[2]. ولا عبرة بلفظ « السراح » أو لفظ « الفراق » .

أنت مطلقة ، أو طلقت فلانة

قال الإمامية لو قال الزوج لزوجته: «أنت من المطلقات أو أنت مطلقة» أو قال « طلقت فلانة » لا يقع الطلاق بهذه الصيغ كلها ؛ لأنها ليست من

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٨٦ — والروضد البهية شرح اللمعة الدمشقية العاملى
(٢) المختصر النافع فى فقه الشيعة الإمامية للحلى ص ١٩٧ طبع مطبعة دار الكتاب العربى بمصر

صريح الطلاق ، ولأنها إخبار . ونقل هذه الصيغ من الإخبار إلى الإنشاء على خلاف الأصل ، فيقتصر فيه على مورد الوفاق ، وهو صيغ العقود ، فاطراده فى الطلاق قياس ، والنص دل فيه على «طالق» ولم يدل على غيره، فيقتصر عليه . وهذا هو الرأى المشهور فى المذهب .

رأى آخر بالوقوع

وفى المذهب رأى آخر بوقوع الطلاق «بمطلقة»، وبقوله «طلقت فلانة» وإلى هذا أشار صاحب الروضة البهية[1]

كنايات الطلاق

المذهب الحنفى

كنايات الطلاق هى الألفاظ التى تستعمل فى الطلاق وفى غيره ، فلا يقع الطلاق بشيء منها إلا بالنية ، أو بقرينة الحال التى تدل على أن المراد بها الطلاق .

وألفاظ الكناية كثيرة ، منها: قول الرجل لزوجته : أنت بائن ، أو بتة ، أوخلية ، أوبرية ، أو اذهبي إلى أهلك ، أو حبلك على غاربك ، أو اعتدى ، أو استبرئى رحمك ... إلى غير ذلك .

معانى هذه الألفاظ

لو قال الرجل لزوجته : «أنت بائن» يحتمل فى ذاته البينونة والانفصال من رابطة الزواج ، كما يحتمل البينونة والانفصال من أسباب الخير أو الشر ،

---

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٤٧ .

وكذلك قوله : « أنت بتة » فإن معنى البت القطع والفصل . أما قوله لها: « أنت خلية » أو « برية » فيحتمل الخلو من الزواج والبراءة منه، « كما يحتمل الخلو والبراءة من الخير والشر . وقوله : « حبلك على غاربك » يحتمل معنى أنه لا سلطان له عليها بسبب الطلاق ، كما يحتمل معنى التبكيت والتأنيب .

وقول الرجل لزوجته : « اذهبى إلى أهلك » يحتمل إرادة الطلاق فتعود إلى أهلها ، كما كانت . ويحتمل إبعادها عنه بسبب الغضب .

وقوله لها : اعتدى، يحتمل إرادة العدة الشرعية التى تعقب الطلاق ؛ لأنه طلقها ، كما يحتمل معنى الاعتداد بما هى فيه من نعمة وخير، والشكر على ذلك .

وقوله : « استبرئى رحمك » يحتمل أمرها بتعرف براءة الرحم من الحمل كى تستطيع التزوج بزوج آخر ؛ لأنها صارت طالقاً ، كما يحتمل الأمر بذلك ليطلقها بعد أن يعرف أنها غير حامل .

وقوع الطلاق بألفاظ الكناية

قال الأحناف: كنايات الطلاق يختلف الحكم فيها بوقوع الطلاق وعدمه بالنظر إلى الديانة وإلى القضاء ، كما يختلف حكم القضاء فيها تبعاً لاختلاف معانيها والأحوال التى ترد فيها تلك الصيغ والألفاظ .

ادعاء أنه نوى بالكناية غير الطلاق

لو ادعى الزوج أنه بقوله لزوجته : « أنت بائن » ، أو « أنت بتة » أو أنت خلية .. إلى آخر هذه الألفاظ، التى تحتمل الطلاق وغيره. أنه ماقصد بهذه الألفاظ طلاق زوجته، بل قصد ماتحتمله من معان أخرى، فالأمر عند الأحناف على التفصيل الآتى :

من ناحية الديانة

قال الأحناف : من ناحية الديانة يصدق الرجل ديانة ويوكل الأمر إلى

نية الرجل فيما يريده من تلك الألفاظ : فإذا قال: إنه لم يرد بما تلفظ به طلاقا فهو إلى نيته ، فيصدق ، ويفتى بعدم وقوع الطلاق .

من ناحية القضاء

وأما من ناحية القضاء فالحكم فيها بوقوع الطلاق وعدمه ينبنى على أحد أمرين :

الأول — النية التى يفصح عنها صاحبها بقوله: أردت كذا .

الثانى — القرينة التى ترجح أحد المعنيين اللذين يحتملهما اللفظ .

وقال الأحناف : إن دلالة القرينة على المعنى المقصود من اللفظ أقوى وأبعد عن التهمة — فى اعتبار القضاء — من دعوى الرجل أنه يريد بما تلفظ به كيت أو كيت — فإنه لا يصدق فى هذه الدعوى إلا إذا كانت قرائن الأحوال تساعد على ذلك .

وقال الأحناف توضيحاً وتأكيداً لما سبق : إن الأحوال التى ترد فيها ألفاظ الكناية ؛ إما أن تكون حالة الرضا، أو حالة الغضب والخصومة. كل منهما إما أن يجرى فيه حديث الطلاق ومذاكراته بأن تطلب الزوجة الطلاق من الرجل أو يطلبه غيرها . وإما ألا يكون الأمر كذلك .

وألفاظ الكناية ثلاثة أنواع:

(الأول) مايصلح جواباً لطلب الطلاق ، ولا يصلح رفضاً له ولا شتما وذلك مثل لفظ « اعتدى » .

(الثانى) مايصلح جواباً لطلب الطلاق كما يصلح أن يكون شتما ،وذلك مثل. بائن،وبتة،وخلية،وبرية و فهذه تصلح فى مقام طلب الطلاق أن تكون إجابة لهذا الطلب ؛ فيقع بها الطلاق ، كما تصلح أن تكون شتما للزوجة فى مقام الغضب ، ولكنها لا تصلح أن تكون رفضاً لطلب الطلاق .

(الثالث) مايصلح جواباً لطلب الطلاق ، كما يصلح رفضاً له . وذلك

مثل: اخرجى، اذهبى ، اغربى ، قومى ، تقنعى . فألفاظ هذا النوع تحتمل ان تكون جوابا لطالب الطلاق ، كما يحتمل أن تكون رفضاً ورداً له .

والحكم فى ذلك على التفصيل التالى :

١ ـ فى حالة الرضا، المجردة عن مذاكرة الطلاق وطلبه، لا يحكم بوقوع الطلاق فى شىء من ألفاظ الكناية جميعها إلا بالنية ؛ فيصدق الرجل إذا قال: إنى لم أرد بذلك طلاقا ؛ وذلك لأن كنايات الطلاق كما تحتمل الطلاق تحتمل غيره ، وليس هناك قرائن ترجح أحدهما على الآخر ، فيكون الفيصل فى ذلك هو النية .

٢ ـ إذا جرت فى حالة الرضا مذاكرة الطلاق وطلبه، فإنه يقع الطلاق بألفاظ النوعين الأولين من غير توقف على النية . ولا يصدق الرجل فيهما إذا قال : إنى لم أرد الطلاق ؛ لأن النوع الأول لا يحتمل غير الجواب على طلب الطلاق . وهذا الطلب حاصل ، فيترجح أن المراد باللفظ هو إيقاع الطلاق ، وكذلك الحكم فى ألفاظ النوع الثانى . وهو ما يحتمل الجواب والشتم ، فإن المقام ليس مقام شتم مادامت الحالة حالة رضا ، فيحمل اللفظ على أنه جواب لطلب الطلاق، فلا يتوقف وقوعه على النية ، ولا يصدق الرجل إذا ادعى أنه لم يرد به الطلاق .

أما ألفاظ النوع الثالث الذى يحتمل الجواب والرد؛ فإن الطلاق يتوقف فيها على النية لأن مقام مذاكرة الطلاق وطلبه يقبل الإجابة والرفض . وألفاظ هذا النوع تحتمل الامرين ، فلا يترجح أحدهما على الآخر إلا بالنية ، فيصدق الرجل إذا قال : إنه لم يرد باللفظ الطلاق .

٣ ــ إذا كانت الحالة حالة غضب، ولم يجر فيها مذاكرة الطلاق وطلبه، فإنه يقع الطلاق بألفاظ النوع الأول الذى لا يحتمل شتما ولا رفضا

للطلاق ، ولا يتوقف وقوعه عـــلى النية ، ولا يصدق الرجل فى دعوى إرادة شىء غير الطلاق .

أما فى النوعين الآخرين فيتوقف الطلاق على النية ؛ لأن المقام مقام غضب يصح أن ترد فيه ألفاظ الشتم أو الرد . واللفظ يحتمل أحدهما ، فلا يصرف إلى الطلاق إلا بالنية . ويصدق الرجل إذا قال : إنى أردت الشتم أو رفض الطلاق .

٤ — وكذلك الحكم إذا جرت ، فى حالة الغضب ، مذاكرة الطلاق وطلبه ، فإنه يقع من غير توقف على النية فى النوع الأول . ويتوقف عليها فى النوعين الآخرين ؛ لاحتمال إرادة الشتم أو الرد .

قال صاحب البدائع[1] : « ولا خلاف فى أنه لا يقع الطلاق بشىء من ألفاظ الكناية إلا بالنية ؛ فإن كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأن الله تعالى يعلم سره ونجواه . وهل يدين فى القضاء ؟ فالحال لا يخلو ؛ إما إن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق ، وإما إذا كانت حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ، وإما إن كانت حالة الغضب والخصومة ؛ فإن كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق ؛ يدين ، فى القضاء ، فى جميع الألفاظ لما ذكرنا أن كل واحد من الألفاظ يحتمل الطلاق وغيره ، والحال لا يدل على أحدهما فيسأل عن نيته ، ويصدق فى ذلك قضاء . وإن كانت حال مذاكرة الطلاق وسؤاله ، أو حالة الغضب والخصومة ؛ فقد قالوا : إن الكنايات أقسام ثلاثة ؛ فى قسم منها لا يدين فى الحالين جميعا ؛ لأنه ما أراد به الطلاق — لا فى حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ، ولا فى حالة الغضب والخصومة — وفى قسم منها يدين فى حال الخصومة والغضب ، ولا يدين فى حال ذكر الطلاق

---

(١) فتح القدير حـ ٣ ... البدائع : الكاسانى جـ ٣ ص ١٠٦ .

وسؤاله . وفى قسم منها يدين فى الحالين جميعا .

أما القسم الأول ـ فخمسة ألفاظ : أمرك بيدك ، واختارى ، واعتدى ، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة : لأن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره ، والحال يدل على إرادة الطلاق ؛ لأن حال الغضب والخصومة إن كانت تصلح للشتم والتبعيد ، كما تصلح للطلاق ، فحال مذاكرة الطلاق تصلح للتبعيد والطلاق . ولكن هذه الألفاظ لا تصلح للشتم ولا للتبعيد ، فزال احتمال إرادة الشتم والتبعيد ، فتعينت الحالة دلالة على إرادة الطلاق ، فترجح جانب الطلاق بدلالة الحال ، فثبتت إرادة الطلاق فى كلامه ظاهرا ، فلا يصدق فى الصرف عن الظاهر ، كما فى صريح الطلاق إذا قال لامرأته : «أنت طالق» ثم قال : أردت به الطلاق عن الوثاق ، لا يصدق فى القضاء لما قلنا ، فكذا هذا .

أما القسم الثانى — فخمسة ألفاظ أيضا . «خلية» و «برية» و «بتة» و «بائن» و «حرام» لأن هذه الألفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشتم ؛ فإن الرجل يقول لامرأته عند إرادة الشتم : «أنت خلية من الخير ، وبريئة من الإسلام ، وبائن من الدين ، وبتة من المروءة ، وحرام أى مستخبث ، أو حرام الاجتماع والعشرة معك . وحال الغضب والخصومة يصلح للشتم ويصلح للطلاق ، فبقى اللفظ ، فى نفسه ، محتملا للطلاق وغيره . فإذا عنى به غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه ، والظاهر لا يكذبه ، فيصدق فى حال ذكر الطلاق لأن الحال لا يصلح الا للطلاق ؛ لأن هذه الألفاظ لا تصلح للتبعيد ، والحال لا يصلح للشتم ، فيدل على إرادة الطلاق لا التبعيد ولا الشتم فترجحت نية الطلاق بدلالة الحال . وروى عن أبى يوسف أنه زاد على هذه الألفاظ الخمسة خمسة أخرى هى : لا سبيل لى عليك ، فارقتك ، وخليت سبيلك ، ولا ملك لى عليك ، وبنت منى ؛ لأن هذه الألفاظ تحتمل الشتم كما تحتمل الطلاق : فيقول الزوج : لا سبيل لى عليك لشرك ، وفارقتك فى المكان لكراهة اجتماعى معك ، وخليت سبيلك وما أنت عليه ، ولا ملك لى عليك ؛ لأنك أقل

من أتملكك، وبنت منى لأنك بائن من الدين او الخير. وحال الغضب يصلح لهما ، وحال ذكر الطلاق لا يصلح إلا للطلاق، لما ذكرنا ، فالتحقت بالخمسة المتقدمة .

وأما القسم الثالث : فبقية الألفاظ التي ذكرناها ؛ لأن تلك الألفاظ لا تصلح للشتم ، وتصلح للتبعيد والطلاق ؛ لأن الإنسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق . وكذا حال سؤال الطلاق ، فالحال لا يدل على إرادة أحدهما[1] ؛ فإذا قال : ما أردت به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه ؛ والظاهر لا يخالفه فيصدق في القضاء . وكذلك لو قال : وهبتك لأهلك، قبلوها ، أو لم يقبلوها؛ لأنها هنا تحتمل الطلاق، لأن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أهلها ، ويحتمل التبعيد عن نفسه والنقل إلى أهلها مع بقاء النكاح ، والحال لا يدل على إرادة أحدهما، فبقى محتملا، سواء قبلها أهلها أو لم يقبلوها ؛ لأن كون التصرف هبة في الشرع لا يقف على قبول الموهوب له ، وإنما الحاجة إلى القبول لثبوت الحكم، فكان القبول شرط الحكم، وهو الملك، وأهلها لا يملكون طلاقها ، فلا حاجة إلى القبول . وكذا إذا قال : وهبتك لأبيك ، أو لأمك ، أو للأزواج ؛ لأن العادة أن المرأة بعد الطلاق ترد إلى أبيها وأمها وتسلم إليهما، وتملكها الأزواج بعد الطلاق ؛ فإن قال : وهبتك لأخيك أو لأختك ، أو لخالتك ، أو لعمتك أو لفلان الأجنبي لم يكن طلاقاً ؛ لأن المرأة لا ترد بعد الطلاق على هؤلاء عادة .ولو قال لامرأته: لست لى بامرأة ، أو قال لها : ما أنا بزوجك ، أو سئل ؛ فقيل له : هل لك امرأة ؟ فقال : لا ؛ فإن قال : أردت الكذب ، يصدق في الرضا والغضب جميعا ، ولا يقع الطلاق . وإن قال : نويت الطلاق، يقع الطلاق على قول أبي حنيفة ، وقال ، أبو يوسف ومحمد : لا يقع الطلاق ، وأن نوى .

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١٠٧ وفتح القدير جـ ٣ ص ٩١ ، ٩٢

المذهب المالكى

كنايات الطلاق

قسم المالكية كنايات الطلاق إلى قسمين :

أولا — كنايات ظاهرة .

ثانياً — كنايات محتملة (خفية) .

وقد مثل المالكية للكنايات الظاهرة بألفاظ ؛ منها : « بتة » و « حبلك على غاربك[1] » و « خليت سبيلك » .

أما القسم الثانى ؛ وهو الكنايات الخفية فمثلوا لألفاظه بقول الزوج لزوجته : « اذهبى » و « انصرفى » و « ادخلى الدار » ونحو ذلك من كل كناية خفية .

المذهب الشافعى

كنايات الطلاق :

قال الشافعية : الكناية هى مايحتمل الطلاق وغيره ، ولا يقع الطلاق بكناية إلا بنية لإيقاعه . والمراد بالنية فى الكناية أن يقصد الإيقاع ؛ وقال صاحب المغنى : لو أتى بكناية من كنايات الطلاق وضم إليها من الألفاظ مايدل على المراد كأنت بائن بينونة محرمة أو لا تحلى لى أبدا ، لم تخرج عن كونها كناية .

---

(١) البت معناه القطع فكأن الزوج قطع العصمة التى بينه وبينها . ومعنى (حبلك على غاربك) أى عصمتك على كتفك ، كناية عن كونه لم تبق له عليها عصمة كالممسك بزمام دابة يرميه على كتفها (حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٠٧٩) و (حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى ج٢ ص ٥٦)

واستشكل بما ذكروه فى الوقف من أنه لو قال : تصدقت بكذا كان كناية ، فلو أضاف إليه لا يباع ولا يوهب ، فالأصح صراحته .

ألفاظ الكناية:

ذكر الشافعية من كنايات الطلاق قول الرجل لامرأته : « أنت خلية » أى خالية منى « أنت برية » و« أنت بتة » أى مقطوعة الوصلة، مأخوذة من البت، وهو القطع، و« اعتدى » و« استبرى، رحمك » أى لأنى طلقتك، و« الحقى بأهلك » سواء أكان لها أهل أو لا، و « حبلك على غاربك » أى خليت سبيلك كما يخلى البعير فى الصحراء ، وزمامه على غاربه، وهو ما تقدم من الظهر وارتفع من العنق ليرعى؛ كيف شاء، و « لا أنده سربك[1] » من النده ، وهو الزجر: أى لا أهتم بشأنك ؛ لأنى طلقتك ، و « اغربى » أى تباعدى عنى، و « اغربى » أى صيرى غريبة بلا زوج، « دعينى » أى اتركينى ، لأنى طلقتك ، « ودعينى » بتشديد الدال المكسورة من الوداع ، فواوه أصلية لا عاطفة : ى لأنى طلقتك، و« لا حاجة لى فيك » أى لأنى طلقتك، و« ذوقى » أى ذوقى مرارة الفراق، و « تزودى » اى استعدى للحوق بأهلك ، و« تقنعى » ، و « استترى » أى لأنى طلقتك فأنت محرمة على فلا تحل لى رؤيتك[2] و« ابعدى » و« اذهبى » و« تجرعى » و « أعتقتك » و« لا ملك لى عليك » .

أنت مطلقة : وأطلقتك

وقال الشافعية : إن كلا من أطلقتك وأنت مطلقة، بسكون الطاء، كناية؛ لعدم اشتهاره فى معنى الطلاق[3] .

---

(١) السرب بفتح السين وسكون الراء المهملتين : الإبل وما يرعى من المال : أما بكسر السين فالجماعة من الظباء والبقر . ويجوز كسر السين هنا .

(٢) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربينى الخطيب ج٣ ص ٢٨١

(٣) المصدر السابق .

الحرام يلزمنى ، وعلى الحرام :

واختلف فى قول الزوج لزوجته «الحرام يلزمنى» و «حلال الله على حرام» و «على الحرام» هل إذا اشتهر استعمالها للطلاق يكون من صريح الطلاق أو من كناياته؟ فيرى صاحب المنهاج أن الأصح المنصوص عليه -وعليه الأكثرون- أن هذه الألفاظ كناية مطلقاً ؛ لأن الصريح إنما يؤخذ من ورود القرآن به ، وتكرره على لسان حملة الشرع ، وليس المذكور كذلك . بينما يرى غيره أن هذه العبارات تكون عند من اشتهر عندهم استعمالها للطلاق من قبيل صريح الطلاق ، كما قاله الرافعى ، تبعاً للمراوزة ؛ لغلبة الاستعمال ، وحصول التفاهم عندهم .

أما عند من لم يشتهر عندهم استعمال هذه العبارات للطلاق فهى من قبيل الكناية فى حقهم بالاتفاق .

على الطلاق :

قال صاحب المغنى : لو قال الرجل لزوجته «على الطلاق» فهو كناية . وقال الصيمرى : إنه صريح . وهو، كما قال شيخنا، أوجه. بل قال الزركشى وغيره : إنه الحق فى هذا الزمن؛ لاشتهاره فى معنى التطليق؛ فقول ابن الصلاح فى فتاويه : إنه لا يقع به شىء، محمول على أنه لم يشتهر فى زمنه ، ولم ينو به الطلاق[1].

مدى صلاحية الصريح لأن يكون كناية :

قال الشافعية - تفريعاً على قاعدتهم المشهورة : «ما كان صريحاً فى بابه، ووجد نفاذاً فى موضوعه، لا يكون كناية فى غيره» - لو قال الرجل لزوجته :

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ١٨١ .

«أنت على كظهر أمى» ونوى الطلاق ، أو قال لها : «أنت طالق» ونوى الظهار ، لم يقع مانواه بل يقع مقتضى الصريح ؛ لأن تنفيذ كل منهما فى موضوعه ممكن(١) .

وقد استثنى الشافعية من القاعدة السابقة مسائل؛ منها : مالو قال الرجل لزوجته : «فسخت نكاحك» ، وهو متمكن من الفسخ بعيبها ؛ ونوى الطلاق بهذا القول فقد قال الشافعية إنه طلاق ، مع أن الفسخ صريح فى رفع نكاح المعيبة بحيث تبين به من غير طلاق فقد وجد نفاذاً فى موضوعه ، وهو كناية فى الطلاق ومنها : مالو أسلم على أكثر من أربع ؛ فقال لإحداهن: فارقتك فإنه فسخ وإن كان لفظه صريحاً فى الطلاق. ومنها مالو قال لزوجته : «أنت على حرام كظهر أمى» فالمجموع كناية فى الطلاق ، مع أنه إذا أطلق كان ظهارا .

مسألة خلافية

اختلف فقهاء الشافعية فى الأثر الناتج عن قول الرجل لامرأته : «أنت على حرام ، أو حرمتك» ونوى بذلك الطلاق والظهار معاً أو متعاقبين كأن أراد أحدهما فى أول الكلام والآخر فى آخره ؛ فقال بعضهم : تخير الزوج وثبت ما اختاره منهما ، ولا يثبتان جميعا ؛ لأن الطلاق يزيل النكاح ، والظهار يستدعى بقاءه . وقيل: الواقع ؛ فى هذه الحالة، طلاق، لأنه أقوى لإزالته الملك. وقيل: هذه العبارة لا يثبت بها، فى هذه الحالة، سوى الظهار؛ لأن الأصل بقاء النكاح . أما لو نوى بقوله لها : «أنت على حرام أو حرمتك» تحريم عينها أو فرجها أو وطئها؛ قال الماوردى: أو رأسها، فلا تحرم عليه، وإن كره له ذلك وعليه مثل كفارة يمين؛ لما روى النسائى «أن رجلا سأل ابن عباس ، رضى الله عنهما ، قال : إنى جعلت امرأتى على حراما ، فقال : كذبت ليست بحرام عليك، ثم قرأ قوله تعالى . «يأيها النبى لم تحرم

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج حـ ٣ ص ٢٨٢

ما أحل الله لك» ... الآية . ووجوب مثل كفارة اليمين عليه لا يتوقف على الوطء، كما لو قال ذلك لأمته؛ فقد أوجب الله سبحانه وتعالى تحلة اليمين بأداء كفارة ككفارة اليمين، وذلك فى قوله تعالى: « يأيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك ... إلى قوله تعالى: « قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم » .

قال المفسرون . نزلت هذه الآيات فى قصة مارية، لما قال الرسول، صلى الله عليه وسلم، لها: «هى على حرام» ولا يقال: إن قوله: «هى على حرام» يمين؛ لأن اليمين إنما تنعقد باسم من أسمائه تعالى، أو صفة من صفاته. لكن وجب على من تلفظ بهذه العبارة أداء مثل كفارة يمين؛ أخذاً من قصة مارية السابق ذكرها.

وللشافعية رأيان فيما لو قال الرجل لامرأته: « أنت على حرام » ولم ينو شيئاً؛ (أحدهما): أن امرأته لا تحرم عليه، وعليه مثل كفارة يمين (والثانى): أن هذا القول لغو فلا كفارة عليه فيه . ومثل هذا أيضاً لو قال السيد لأمته : « أنت على حرام » ونوى تحريم عينها . وكذا إذا لم ينو شيئاً؛ فالحكم فى هاتين الحالتين كالزوجه فيما مر فلا تحرم عليه بذلك ، ويلزمه كفارة يمين قطعاً فى الأولى ، وعلى الأظهر فى الثانية[1]

شرط النية فى الكناية

قال الشافعية : وشرط نية الكناية اقترانها بكل اللفظ كما فى المحرر وجرى عليه البلقينى ، فلو قارنت أوله وعزبت قبل آخره لم يقع طلاق . وقيل : يكفى اقترانها بأوله فقط، وينسحب ما بعده عليه ، ورجحه الرافعى فى الشرح الصغير ، ونقل فى الشرح الكبير ترجيحه عن الإمام وغيره .

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٨٣

وصوبه الزركشي. والذى رجحه ابن المقرى، وهو المعتمد، أنه يكفى اقترانها ببعض اللفظ ، سواء كان من أوله أو وسطه، أو آخره ؛ لأن اليمين إنما تعتبر بتمامها[1] .

كناية الأخرس

قال صاحب المنهاج : إشارة الأخرس ، إن فهم منها الطلاق كل أحد رآها منه، تعتبر من قبيل صريح الطلاق، فلا تحتاج إلى نية، كأن قيل له : كم طلقت زوجتك؟ فيشير بأصابعه الثلاث . أما إذا اختص بفهم طلاقه بإشارته أهل الفطنة والذكاء فقط ، فكناية، يحتاج وقوع الطلاق بها إلى النية[2] .

المذهب الحنبلي

أقسام الكناية :

قسم الحنابلة : كنايات الطلاق إلى أقسام ثلاثه، هي :

أولا : كنايات ظاهرة .

ثانيا : كنايات خفية .

ثالثا : كنايات مختلف فيها .

الكنايات الظاهرة :

أما الكنايات الظاهرة فستة ألفاظ؛ هي : خلية ، وبرية ، وبائن ، وبتة وبتلة ، وأمرك بيدك .

الكنايات الخفية :

وأما الكنايات الخفية فنحو أخرجى، واذهبى، وذوقى، وتجرعى، وأنت

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٨٤ وأسنى المطالب شرح روض الطالب للفقيه الشيخ زكريا الأنصارى جـ ٣ ص ٢٧١ .

(٢) المصدر السابق.

مخلاة ، واختارى ، ووهبتك لأهلك ، وسائر ما يدل على الفرقة ويؤدى معنى الطلاق سوى ما ذكر من ألفاظ الكنايات الظاهرة ، وما سنذكره من ألفاظ الكنايات المختلف فيها .

الكنايات المختلف فيها :

أما الكنايات المختلف فيها فهى على ضربين : الأول : منصوص عليها، وهى عشرة: « الحقى بأهلك » و « حبلك على غاربك » و « لا سبيل لى عليك» و « أنت على حرج » و « أنت على حرام » و « اذهبى فتزوجى من شئت » و « غطى شعرك » و « أنت حرة » و « قد اعتقتك » .

(والضرب الثانى) مقيس على هذه وهى : « استبرئى رحمك» و « حالت للأزواج » و « تقنعى » و « لا سلطان لى عليك » فهذه فى معنى المنصوص عليها فيكون حكمها حكمها[١] .

لا بد من النية فى كنايات الطلاق :

الأصل أن كنايات الطلاق لا يقع بها الطلاق الا بنية الطلاق أو باتيان المطلق مايقوم مقام نيته فى إيقاع الطلاق[٢] . كما إذا أتى الزوج بكناية من كنايات الطلاق فى حال الغضب أو حال سؤال الطلاق ، وذكر هذه الحالة صاحب المختصر[١] فقال : « وإذا قال لها فى الغضب. أنت حرة، أو لطمها ، فقال: هذا طلاقك، فقد وقع الطلاق» وشرح صاحب المغنى بالتفصيل الحكم فيما إذا أتى بالكناية[٣] فى حال الغضب فقال :

(١ ، ٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٦٠ ، ٢٧٧ ، ٢٧٦ ، والشرح الكبير على هامشه ص ٢٩٣ .

(٢) صاحب المختصر هو الامام أبو القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى المتوفى سنة ٣٣٤ هـ .

(٣) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٦٧ ، ٢٦٨ .

إذا أتى بالكناية فى حال الغضب فذكر الخرقى فى هذا الموضع أنه يقع الطلاق[1] . وذكر القاضى وأبو بكر وأبو الخطاب فى ذلك روايتين .

(إحداهما) يقع الطلاق ، قال فى رواية الميمونى : إذا قال لزوجته «أنت حرة لوجه الله» فى الرضاء لا فى الغضب فأخشى أن يكون طلاقا .

(والرواية الأخرى): ليس بطلاق. وهو قول أبى حنيفة والشافعى، إلا أن أباحنيفة يقول فى اعتدى، واختارى، وأمرك بيدك، كقولنا فى الوقوع ، واحتجا بأن هذا ليس بصريح فى الطلاق ولم ينوه به فلم يقع به الطلاق كحال الرضا ؛ ولأن مقتضى اللفظ لا يتغير بالرضا والغضب ، ولا يحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل فى غير الفرقة إلا نادرا نحو قوله « أنت حرة لوجه الله » و « اعتدى » و « استبرئى » و« حبلك على غاربك» و « أنت بائن » وأشباه ذلك فإنه يقع فى حال الغضب، وجواب سؤال الطلاق من غير نية ، وما كثر استعماله لغير ذلك نحو، اذهبى وأخرجى وروحى، وتقنعى، لا يقع الطلاق به إلا بنية . . ومذهب ابى حنيفة قريب من هذا ، وكلام أحمد والخرقى فى الوقوع إنما ورد فى قوله أنت حرة، وهو مما لا يستعمله الإنسان فى حق زوجته غالبا إلا كناية عن الطلاق . ولا يلزم من الاكتفاء بذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية؛ لأن ما كثر استعماله والتكلم به بخلاف مالم تجر العادة بذكره ، فإنه لما قل استعماله فى غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه إرادة الطلاق، فإذا انضم إلى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو فى حال الغضب قوى الظن فصار ظنا غالبا .

وجه رواية من قال بوقوع الطلاق :

أما من قال بوقوع الطلاق بقول الرجل لامرأته ، حال الغضب : «أنت

(١) المراد بقوله فى هذا الموضع أى فى قول الرجل لزوجته حال غضبه « أنت حرة لوجه الله تعالى » والله أعلم بالصواب .

حرة لوجه الله تعالى ، فهو أن دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال ، فإن من قال لرجل : ياعفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحا له ، وإن قاله له فى حال شتمه وتنقصه كان قذفا وذما ، ولو قال : إنه لا يغدر بذمة ، ولا يظلم حبة خردل ، وما أحد أوفى ذمة منه فى حال المدح كان مدحا بليغا كما قال حسان :

فما حملت من ناقة فوق رحلها أبر وأوفى ذمة من محمد

ولو قاله فى حال الذم كان هجاء قبيحا كقول النجاشى :

قبيلة لا يغدرون بذمة ولا يظلمون الناس حبة خردل

وقال آخر :

كأن ربى لم يخلق لخشيته سواهم من جميع الناس إنسانا

وهذا فى هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكى عن حسان أنه قال : ما أراه إلا قد سلح ، ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المدح وأبلغه . وفى الأفعال لو أن رجلا قصد رجلا بسيف والحال تدل على المزح واللعب لم يجز قتله ، ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقتل . والغضب هنا يدل على قصد الطلاق فيقوم مقامه[1] .

وإن أتى بالكناية فى حال سؤال الطلاق فالحكم فيه كالحكم فى ما إذا أتى بها فى حال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل . والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه ، إلا أن المنصوص عن أحمد ، ههنا ، أنه لا يصدق فى عدم النية ، قال فى رواية ابن الحارث : إذا قال : لم أنوه ، صدق فى ذلك ، إذا لم تكن سألته الطلاق فإن كان بينهما غضب قبل ذلك فيفرق بين كونه جوابا للسؤال وكونه فى حال الغضب ، وذلك لأن الجواب ينصرف إلى السؤال . فلو قال :

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٨ ص٢٧٠ والشرح الكبير على هامش المغنى جـ٨ ص٢٩٥

لى عندك دينار فقال: نعم، أو صدقت، كان إقراراً به ولم يقبل منه تفسيره بغير الإقرار. ولو قال: زوجتك ابنتى، أو بعتك ثوبى هذا؛ فقال: قبلت. صح، وكفى. ولم يحتج إلى زيادة عليه[١].

إرادة غير الطلاق بالكناية

ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق؛ لأنه لو أراده بالصريح لم يقع فبالكناية أولى. وإذا ادعى ذلك دين. لكنه هل يصدق قضاء أو لا ؟.. الظاهر من كلام أحمد فى رواية أبى الحارث، أنه يصدق إن كان فى الغضب، ولا يصدق إن كان جواباً لسؤالها الطلاق. ونقل عنه فى موضع آخر: أنه إذا قال: أنت خلية، أو برية، أو بائن، ولم يكن بينهما ذكر الطلاق، ولا غضب، صدق فمفهومه أنه لا يصدق مع وجودهما. وقال صاحب المغنى: والصحيح أنه يصدق؛ لما روى سعيد بإسناده أن رجلا خطب إلى قوم فقالوا: لانزوجك حتى تطلق امرأتك فقال: قد طلقت ثلاثاً. فزوجوه ثم أمسك امرأته؛ فقالوا: ألم تقل إنك طلقت ثلاثاً ؟ قال ألم تعلموا أنى تزوجت فلانة ثم طلقتها، ثم تزوجت فلانة وطلقتها، ثم تزوجت فلانة وطلقتها فسئل عثمان عن ذلك فقال: «له نيته»؛ ولأنه أمر يعتبر بنيته فيه؛ فقبل قوله فيما يحتمله[٢]. كما لو كرر لفظاً وقال: أردت التوكيد.

تأثير النية فى عدد الطلقات

قال الإمام الخرقى فى مختصره: قال أبو عبدالله: «وإذا قال لها أنت خلية أو أنت برية، أو أنت بائن، أو حبلك على غاربك، أو الحقى بأهلك، فهو، عندى، ثلاث ولكنى أكره أن أفتى به، سواء دخل بها أو لم يدخل بها».

(١، ٢) المصدر السابق ص ٢٧٠، ٢٧١.

وقال صاحب المغنى : أكثر الروايات عن أبى عبدالله : كراهية الفتيا فى هذه الكنايات مع ميله إلى أنهـا ثلاث . وحكى ابن أبى موسى فى الإرشاد عنه روايتين :

إحداهما . أنها ثلاث .

والثانية — أنه يرجع إلى ما نواه . واختار هذه الرواية أبو الخطاب[1] . وهو مذهب الشافعى ؛ قال : يرجع إلى ما نوى ، فإن لم ينو شيئاً وقعت واحدة ، ونحوه قول النخعى ، إلا أنه قال : يقع طلقة بائنة ؛ لأن لفظه يقتضى البينونة ولا يقتضى عددا . وروى حنبل عن احمد ما يدل على هذا ، فإنه قال : يزيدها من مهرها إن أرادت رجعتها . ولو وقع ثلاثاً لم يبح له رجعتها . ولو لم تبن لم يحتج إلى زيادة فى مهرها .

الدليل

احتج للرواية القائلة بأن الطلاق يقع ثلاثاً فيما لو قال الرجل لامرأته: أنت خلية أو أنت بريئة، أو أنت بائن (وهى الرواية الراجحة فى المذهب) بما روى النجاد بإسناده عن نافع أن رجلا جاء إلى عاصم وابن الزبير فقال: إن ظئرى هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة؟ فقالا : لا ، ولكنا تركنا ابن عباس واباهريرة عند عائشة فسلهم، ثم ارجع إلينا فأخبرنا، فسألهم، فقال أبو هريرة : لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، وقال ابن عباس : هى ثلاث . وذكر عن عائشة متابعتهما .

وروى النجاد بإسناده أن عمر، رضى الله عنه، جعل البتة واحدة، ثم جعلها، بعد ، ثلاث تطليقات .

وهذه أقوال علماء الصحابة، ولم يعرف لهم مخالف فى عصرهم، فكان إجماعاً ، ولأنه طلق امرأته بلفظ يقتضى البينونة فوجب الحكم بطلاق

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٧١ .

تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثاً أو نوى الثلاث ومسماه للبينونة ظاهر في قوله : أنت بائن، وكذا في قوله : البتة ؛ لأن البت القطع، فكأنه قطع النكاح كله؛ ولذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث، كما قالت امرأة رفاعة: إن رفاعة طلقني فبت طلاقي. وبتله هو من القطع أيضاً، ولذلك قيل في مريم: البتول لانقطاعها عن النكاح. ونهى النبي، صلى الله عليه وسلم، عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية . وكذلك الخلية والبرية يقتضيان الخلو من النكاح والبراءة منه . وإذا كان للفظ معنى واعتبره الشارع إنما يعتبر فيما يقتضيه ويؤدى معناه . ولاسبيل إلى البينونة بدون الثلاث[1] ، فوقعت ضرورة الوفاء بمايقتضيه لفظه . ولا يمكن إيقاع واحدة بائن؛لأنه لا يقدر على ذلك بصريح الطلاق، فكذلك بكناياته. ولم يفرقوا بين المدخول بها وغيرها؛لأن الصحابة لم يفرقوا ، ولأن كل لفظةأوجبت الثلاث في المدخول بها اوجبتها في غيرها كقوله : « انت طالق ثلاثا » .

الرد على من يخالف هذا الرأى

وناقش المؤيدون للرأى القائل بوقوع الثلاث بألفاظ الكناية الظاهرة متى نوى بها الطلاق ولو نوى واحدة أدلة مخالفيهم فقالوا :

إن حديث ركانة بن عبد العزيز الذى فيه أنه طلق امرأته «سهيمة» البتة، ثم أخبر النبي : صلى الله عليه وسلم، بذلك وقال :والله ماأردت إلا واحدة ؛ فقال رسول الله، صلى الله عليه وسلم : والله ماأردت إلا واحدة ؟ » فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله، صلى الله عليه وسلم ، فطلقها الثانية في زمن عمر ، والثالثة في زمن عثمان ، إن هذا الحديث ضعف إسناده أحمد فلذلك تركه .

---

(١) المصدر السابق ص ٢٧٣ ـ والشرح الكبير على هامش المغنى لابن قدامة جـ٨ ص ٢٩٦ .

أما ماروى من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون: «الحقي بأهلك»، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يطلق ثلاثا، بل لقد نهى عن ذلك، صلوات الله وسلامه عليه: فقد ناقش الحنابلة هذه الرواية قائلين: إن هذه الرواية لادلالة فيها على أن هذه اللفظة «الحقي بأهلك» لاتقتضي الثلاث.

أما القول بأن الكناية مع النية كالصريح. والصريح لايقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة؛ كقوله: «انت طالق» فهذا لا يفيد؛ لأنه مع التسليم بأن الكنايات مع النية كالصريح إلا أن الصريح ينقسم إلى ثلاث تحصل بهما البينونة وإلى مادونها مما لا تحصل به البينونة، فكذلك الكناية تنقسم، فمنها مايقوم مقام الصريح المحصل للبينونة وهو الكناية الظاهرة. ومنها ما يقوم مقام الواحدة وهو ماعداها[١]

تنبيه:

ظاهر كلام احمد والخرقي، كما قال القاضي، أن الطلاق يقع بهذه الكنايات الظاهرة السابق ذكرها وهي (أنت برية — وأنت بائن — وأنت خلية — وحبلك على غاربك) من غير نية كقول مالك؛ لأنه اشتهر استعمالها في الطلاق فلم تحتج إلى نية كالصريح. ومفهوم كلام الخرقي أن الطلاق لايقع إلا بنية؛ فقد قال: «وإن أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه» فمفهوم هذا الكلام أن غير الصريح لا يقع إلا بالنية، ولأن هذه العبارات من كنايات الطلاق فلا يثبت حكمها وهو الطلاق بغير نية كسائر الكنايات[٢]

توضيح وتلخيص لما تقدم:

يرى الحنابلة إن الكنايات ثلاثة أقسام:

١ ـ كنايات ظاهرة ـ ٢ ـ وكنايات خفية ـ ٣ ـ وكنايات مختلف فيها.

(١، ٢) المغني لابن قدامة الحنبلي جـ٨ ص ٢٧٣، ٢٧٤ —

فإذا ما أتى المطلق بلفظ من ألفاظ الكنايات المذكورة فالحكم بالنسبة لعدد الطلقات الواقعة بها يختلف فى كل نوع حسب التفصيل الآتى :

أولا بالنسبة للكنايات الظاهرة

قال الحنابلة: لو قال الرجل لامرأته «أنت بائن» أو «أنت بتة» أو «بتلة» أو خلية أو برية أو امرك بيدك ، فالحكم فى عدد الطلاق الواقع بها هو وقوع الثلاث ، سواء دخل بها أو لم يدخل وسواء نوى ثلاثا أو واحدة، متى نوى بالكناية الطلاق . وهذا هو الراجح والظاهر فى المذهب ، وروى حنبل عن أحمد ما يفيد انه قال بوقوع طلقة[1] بائنة فى هذه الحالة . كما نقل عن احمد ، رحمه، الله ايضا ، مايفيد انه قال يرجع إلى مانواه واختار الخطاب هذه الرواية . وقد بينا فيما سبق أدلة كل رأى فيرجع إليه .

ثانياً — بالنسبة للكنايات المختلف فيها :

أما الكنايات المختلف فيها ففى النوع الأول منها ، وهى الكنايات المنصوص عليها، وهى : الحقى بأهلك ، وحبلك على غاربك، ولا سبيل لى عليك ، وأنت على حَرَج ، وأنت على حرام ، واذهبى فتزوجى من شئت ، وغطى شعرك ، وأنت حرة ، وقد اعتقتك ، فهذه عن احمد فيها روايتان :

الأول — انه يقع بها ثلاث طلقات كالكنايات الظاهرة تماما . .

الثانية — أنه يرجع إلى مانواه ؛ فإن نوى الطلاق الثلاث فثلاث ، وإن نوى ثنتين فثنتان ، وان نوى واحدة أو لم ينو شيئا فواحدة كسائر الكنايات.

أما النوع الثانى من الكنايات المختلف فيها، وهى المقيسة على الكنايات المنصوص عليها، مثل استبرئى رحمك ، أو حللت للأزواج ، وتقنعى ، ولا سلطان لى عليك ، فهذه فى معنى المنصوص عليها، فيكون حكمها حكمها.

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٧٤ — ٢٧٦ — والشرح الكبير على هامش المغنى ج ٨ ص ٦

والصحيح فى قول الرجل لامرأته(١) : «الحقى بأهلك» أنه يقع طلقة واحدة ولا يقع بها الثلاث إلا بنية ؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون: «الحقى بأهلك» متفق عليه، ولم يكن النبي، صلى الله عليه وسلم، ليطلق ثلاثا وقد نهى أمته عن ذلك. قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله: إن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون : «الحقى بأهلك» ولم يكن طلاقا غير هذا ، ولم يكن النبي، صلى الله عليه وسلم، ليطلق ثلاثا، فيكون غير طلاق السنة، فقال : لا أدرى. كذلك قول الرجل لامرأته: «اعتدى أو استبرئى رحمك» لا يختص بالثلاث، فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث. وقد روى ابو هريرة عن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، أنه قال لسودة ابنة زمعة: «اعتدى» فجعلها تطليقة . وروى هشيم: أنبأنا الأعمش عن المنهال بن عمرو أن نعيم بن دجاجة ألأسدى طلق امرأته تطليقتين، ثم قال: هى على حرج. وكتب فى ذلك إلى عمر ابن الخطاب فقال: أما إنها ليست بأهونهن .

قال صاحب المغنى : «وأما سائر اللفظات(٢) فإن قلنا هى ظاهرة فلأن معناها معنى الظاهرة، فإن قوله: «لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك» إنما يكون فى المبتوتة ، أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان . وقوله: «أنت حرة» أو «أعتقتك» يقتضى ذهاب الرق عنها وخلوصها منه ، والرق ههنا النكاح. وقوله. «أنت حرام» يقتضى بينونتها منه ؛ لأن الرجعية غير محرمة. وكذلك «حللت للأزواج» أى بعد انقضاء عدتك؛ إذ لا يمكن حلها قبل ذلك، والواحدة تحلها. وكذلك انكحى من شئت وسائر الألفاظ يتحقق معناها بعد انقضاء عدتها(٣)» .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٧٤ – ٢٧٥ – ٢٧٦ – والشرح الكبير على هامش المغنى جـ٨ ص ٢٩٦

(٢) يقصد صاحب المغنى بقوله : «وأما سائر اللفظات» أى سائر اللفظات المختلف فيها هل هى من الكنايات الظاهرة أو لا ؟ وهى: «حبلك على غاربك» و«لا سبيل له عليك» و«اذهبى فتزوجى من شئت» الى آخر هذه الألفاظ .

(٣) المغنى لابن قدامة جـ ٨ ص ٢٧٦ .

ثانياً : بالنسبة للكنايات الخفية

أما بالنسبة للكنايات الخفية نحو أخرجى، واذهبى ، وذوقى . وتجرعى، وأنت مخلاة ، واختارى ، ووهبتك لأهلك ، وسائر ما يدل على الفرقة ويؤدى معنى الطلاق سوى ما تقدم ذكره، فهذه يقع بها الطلاق الثلاث إن نوى ثلاثاً ، واثنتان إن نواهما ، وواحدة إن نواها، أو أطلق : قال أحمد : ما ظهر من الطلاق فهو على ما ظهر ، وما عنى به الطلاق فهو على ما عنى مثل: « حبلك على غاربك » إذا نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً فهو على ما نوى ومثل : « لاسبيل لى عليك » . وإذا نص فى هاتين على أنه يرجع إلى نيته ، فكذلك سائر الكنايات[١] .

الظاهرية

لايقع الطلاق بالكناية

بين ابن حزم أن ما عدا ألفاظ الطلاق، أو السراح، أو الفراق لا يقع به الطلاق، فإذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق، مطلقة، أو قد طلقتك، أو أنت طالقة ،أو أنت الطلاق، أو أنت مسرحة، أو قد سرحتك، أو أنت السراح ، أو قد فارقتك ، أو أنت الفراق ، ونوى بذلك الطلاق وقع الطلاق . ولا يقع طلاق بما عدا واحد من الألفاظ الثلاثة السابقة، نوى بها طلاقا أولم ينو . لا فى الفتيا ولا فى القضاء ؛ فلا يقع الطلاق بقول الرجل لامرأته : « أنت خلية » أو « برية » أو « أنت مبرأة » أو « قد بارأتك » ، أو « حبلك على غاربك » أو « وهبتك لأهلك » . ثم قال ابن حزم : إن بعض هذه الكنايات نقل عن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم، أنه قالها. فقد ورد أنه، صلى الله عليه وسلم، لما أدخلت عليه ابنة الجون ودنا منها، قالت له: أعوذ بالله منك فقال لها رسول

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٨ ص٢٧٧

الله، صلى الله عليه وسلم : لقد عذت بعظيم ... «الحقى بأهلك» . وهذا الخبر لا حجة فيه لمن ادعى أنه إذا قال الرجل لامرأته « الحقى بأهلك » تطلق زوجته . وذلك لأن ابنة الجون لم تكن زوجة لرسول الله ، صلى الله عليه وسلم، وقت أن قال لها: « الحقى بأهلك » فقد ورد من طريق البخارى عن حمزة بن أبى أسيد عن ابيه أنه كان مع رسول الله، صلى الله عليه وسلم، وقد أوتى بالجونية ، فأنزلت فى بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل فى نخل ومعها دايتها فدخل، عليه الصلاة والسلام. عليها فقال لها: هبى لى نفسك قالت: وهل تهب الملكة نفسها لسوقة ؟ فأهوى ليضع يده عليها لتسكن ، فقالت : أعوذ بالله منك ؛ فقال قد عذت بمعاذ ، ثم خرج ، فقال : « يا أبا أسيد اكسها رازقيتين[1] وألحقها بأهلها . - كما روى من طريق مسلم: حدثنى سهل اخبرنا ابن ابى مريم هو سعيد - اخبرنا محمد - هو ابن مطرف أبو غسان - اخبرنى أبو حازم عن سهل بن سعد قال : ذكرت لرسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، امرأة من العرب فأمر أبا اسيد أن يرسل اليها ، فأرسل إليها فقدمت فى أجم[2] بنى ساعدة ، فدخل رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فلما كلمها قالت : أعوذ بالله منك، قال : « قد أعذتك منى» فقالوا لها أتدرين من من هذا ، قالت : لا ؛ قالوا : هذا رسول الله ،صلى الله عليه وسلم، جاءك ليخطبك ، قالت : أنا كنت أشقى من ذلك .

فهذه كلها أخبار عن قصة واحدة فى امرأة واحدة فى مقام واحد، فلاح أنه، عليه الصلاة والسلام، لم يكن تزوجها بعد، وإنما دخل عليها ليخطبها، وبذلك بطل تعلق من ادعى وقوع الطلاق بالكناية استنادا إلى قوله، صلى الله عليه وسلم، لابنة الجون «الحقى بأهلك». ثم لو صح أنه، عليه الصلاة والسلام، كان قد تزوجها، فليس فيه أنه، عليه الصلاة والسلام ، ذكر أنه إنما طلقها بقوله

---

(١) تثنية رازقية وهى ثياب كتان أبيض (٢) أجم بضمتين جمعها آجام وهى الحصون

« الحق بأهلك » ولا تحل النكاحات الصحاح إلا بيقين . وقد نقل ان عبد الرحمن بن كعب قال : سمعت كعب بن مالك يحدث حديث تخلفه عن تبوك فذكر فيه أن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم ، أرسل إليه يأمره ان يعتزل امرأته، قال: فقلت لرسوله: أطلقها أم ماذا أفعل؟قال :لا،بل اعتزلها، فلا تقربها، قال كعب: فقلت لامرأتي: «الحق بأهلك فكونى فيهم حتى يقضى الله فى هذا الامر ، فهذا كعب لم ير « إلحق بأهلك » من ألفاظ الطلاق ، ولا يعرف له مخالف فى ذلك من الصحابة رضى الله عنهم : كما روى عن قتادة، رضى الله عنه، قال: « ليس ذلك شيء»[1] .

أما الاحتجاج على وقوع الطلاق البائن بقول الرجل لامرأته« أنت بائن» بالخبر الثابت من طريق أحمد بن شعيب أخبرنا أحمد بن عبد الله بن الحكم حدثنا محمد بن جعفر حدثنا شعبة عن ابى بكر ابن ابى الجهم قال: دخلت على فاطمة بنت قيس ، فذكرت الحديث ، وفى آخره . وكان زوجها طلقها طلاقا بائنا . فهذا الخبر لاحجة فيه ، لأنه ليس من لفظها ، إنما هو من لفظ من دونها. وليس فيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع هذه اللفظة فجعلها طلاقا، ولا حجة فيمن دونه، عليه الصلاة والسلام ، قال ابن حزم : وقد ذكرنا فى باب طلاق الثلاث مجموعة كيف كان طلاق فاطمة بنت قيس. واختلف عن السلف فى ذلك ، فصح ما رويناه عن شعبة : حدثنا عطاء بن السائب حدثنى أبو البحترى عن على بن أبى طالب أنه قال ، فى البائنة ، هى ثلاث . ومن طريق عبد الرازق عن معمر عن الحسن والزهرى أنهما كانا يجعلان البائنة بمنزلة الثلاث » ...

وقوع الثلاث بألفاظ الكناية :

بعد أن ذكر ابن حزم عدة روايات احتج بها من عداه على وقوع الطلاق

(١) المحلى لابن حزم ١٠ — ١٨٩ .

البائن والثلاث بألفاظ الكناية — ذكر الخبر الذى يراه صحيحاً ويحتج به دون غيره فى أمر طلاق فاطمة بنت قيس، ورواه بعدة أسانيد: مرة عن طريق مسلم ، ومرة عن طريق احمد بن شعيب فقال : وأما البات والبتة فروينا من طريق مسلم : حدثنا عبيد الله بن معاذ العنبرى أخبرنا أبو شعبة حدثنى أبو بكر - هو ابن أبى الجهم - أنه دخل على فاطمة بنت قيس فحدثته أن زوجها طلقها طلاقاً باتا .

ومن طريق مسلم أيضاً حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة حدثنا محمد بن بشر حدثنا محمد بن عمرو حدثنا أبو سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس قالت : كنت عند رجل من بنى مخزوم فطلقنى البتة ، وذكرت الحديث .

وعن طريق مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطت (وفى رواية فسخطته) فقال: والله مالك علينا من شىء ، فجاءت رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فذكرت ذلك له ، فقال لها : « ليس لك عليه نفقة » وذكرت الحديث .

ومن طريق مسلم حدثنا عمرو الناقد : حدثنا سفيان الزهرى، عن عروة عن عائشة أم المؤمنين ، قالت : جاءت امرأة رفاعة إلى النبى ، صلى الله عليه وسلم ، فقالت : كنت عند رفاعة فطلقنى فبت طلاقى فتزوجت عبد الرحمن ابن الزبير؛ وإن مامعه مثل هدبة الثوب، فقال عليه الصلاة والسلام « أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ لا .. حتى تذوقى عسيلته ، ويذوق عسيلتك » .

كذلك روى أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته « سهيمة » البتة ، فأخبر رسول الله ، صلى الله عليه وسلم، بذلك وقال « والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله، صلى الله عليه وسلم .

وروى عن طريق أبى داود حدثنا سليمان بن داود العتكى : حدثنا

جرير بن حازم عن الزبير بن سعيد هو الهاشمى عن جده ، أنه طلق امرأته البتة، فأتى رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فقال: ما أردت؟ قال : واحدة ، قال: آلله؟ قال: آلله . قال، عليه الصلاة والسلام : هو على ماأردت » .

أما ماروى فى هذا الموضوع عمن دونه، صلوات الله وسلامه عليه، فمن ذلك مانسب إلى على بن أبى طالب أنه قال فى البتة، هى ثلاث . كما روى عن عمر بن الخطاب، منقطعاً، مثل ما تقدم. وروى عنه قول ثان ؛ فقد روى من طريق شعبة عن اسحاق الشيبانى عن عبد الله بن شداد بن الهادى عن عمر بن الخطاب انه قال : البتة واحدة وهو أحق بها .

وروى من طريق عبد الرزاق حدثنا ابن جريج أخبرنى عمرو بن دينار أخبرنى محمد بن عباد بن جعفر المخزومى أن المطلب بن حنطب جاء إلى عمر ابن الخطاب فقال له : إنى قلت لامرأتى « أنت طالق البتة » فتلا عمر : « يأيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » ثم تلا : « ولو أنهم فعلوا مايوعظون به لكان خيراً لهم » الواحدة تبت. إرجع إلى أهلك[1] .

مناقشة ابن حزم أقوال جمهور الفقهاء

قال ابن حزم بعد أن سرد ماتقدم من أدلة : وقد قلنا، ونقول: لا حجة فى قول أحد دون رسول الله ، صلى الله عليه وسلم، لا سيما فى أقوال مختلفة لا برهان على صحة شىء منها ، فلم يبق إلا الآثار عن النبي، صلى الله عليه وسلم؛ فأما التى من طريق فاطمة فقد بينا ، قبل، أنه قد صح أن طلاق زوجها لها كان ثلاثا ...هكذا أو آخر ثلاث، ومفاد ذلك ان يفهم قول من قال فى خبرها « البتة » أو « بت طلاقها » أنه إنما عنى، من عند نفسه آخر ثلاث

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٩٠، ١٩١ مسألة ١٩٥٨

طاقات . وبذلك لا يكون في هذا الخبر حجة لمن تعلق به في إثبات وقوع الطلاق بلفظ الكناية لا ثلاثا ولا واحدة .

وأما حديث امرأة رفاعة فكذلك أيضاً . يؤيد ذلك مارواه عبد الرازق عن عمر عن الزهيرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها أن رفاعة القرظى طلق امرأته فجاءت إلى النبى، صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن رفاعة طلقها آخر ثلاث تطليقات وذكرت الخبر ففسر عبد الرازق عن معمر ماأجمله غيره .

أما خبر ركانة بن عبد العزيز فقد ورد من طريق عبد الله بن يزيد عن نافع عن عجير وكلاهما مجهول ، فلا حجة فيه .

أما حديث الزبير بن سعيد فهو ضعيف والزبير متروك الحديث فبطل التعلق به .

والخلاصة :

قال ابن حزم : ومما تقدم يتضح أنه لا صحة لدليل يحتج به على وقوع الطلاق بالكناية لا ثلاثا ولا واحدة . ولا يحل تحريم فرج على من أباحه الله عز وجل له، وأباحته لمن حرمه الله عليه، بغير قرآن ولا سنة، لاسيما قول مالك وأبى حنيفة، فلا يعرف احد قال بهما قبلهما .

الطلاق بلفظ اعتدى

قال ابن حزم : واما « اعتدى » فإن بعض من لا يبالى بنصر ضلاله : بأن يورد الكذب المفترى على رسول الله، صلى الله عليه وسلم، قد ادعى أن رسول الله ، صلى الله عليه وسلم، قال لسودة أم المؤمنين « اعتدى » فكان طلاقاً، ثم راجعها ،

وهذا كذب موضوع، فما صح، قط، أن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، طلق إمرأة من نسائه إلا حفصة، فقط، ثم راجعها. وأما سودة، فلا. إنما جاء فيها أنها وهبت يومها وليلتها لما أسنت لعائشة رضى الله عنها، وجاء أنه، عليه الصلاة والسلام، أراد فراقها، فلما رغبت إليه عليه الصلاة والسلام فى إمساكها، وتجعل يومها وليلتها لعائشة لم يفارقها. وأما ما نقل عن بعض الصحابة وغيرهم من أقوال تفيد وقوع الطلاق بها كالذى روى عن ابن مسعود من أنه قال: إنها طلقة، وروى هذا أيضاً عن إبراهيم ومكحول والأوزاعى، كما روى عن الشعبى هى واحدة، نوى ثلاثاً أو أقل، فهذه شرائع لا تقبل من أحد إلا من رسول الله، صلى الله عليه وسلم، عن الله تعالى، الذى لا يسأل عما يفعل. وأما من دونه فهى ضلالات ووساوس وتلاعب ونعوذ بالله تعالى من الخذلان.

بقية ألفاظ الكناية

قال ابن حزم: أما الألفاظ التى فيها آثار عن الصحابة رضى الله عنهم لا عن النبى، صلى الله عليه وسلم[1]، فهى الخلية، وقد خلوت منى، والبرية، وقد بارأتك، وأنت مبرأة، وحبلك على غاربك، والحرج، والتخيير، والتمليك، وقد وهبتك. فأما التحريم والتخيير والتمليك وقد وهبتك فقد ذكرناها ونذكر البواقى ها هنا إن شاء الله تعالى. ثم أفاض ابن حزم فى بيان الآثار الواردة فى وقوع الطلاق بهذه الألفاظ، وانتهى إلى رأيه القائل بعدم وقوع الطلاق بها، قائلا: إنه لا يحل تحريم فرج محلل بحكم الله عز وجل وتحليل فرج محرم بحكمه تعالى بغير نص. وهذه الألفاظ لا نص فى وقوع الطلاق بها من قرآن أو سنة وما ورد بخصوص هذه الكنايات هو عن غير رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فلا حجة [illegible] لأنه لا [illegible] أحد

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٩٢ ، ٣ [illegible]

دون رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما « حبلك على غاربك » فما ورد فيها هو أن عمر كتب أن يجلب إلى مكة رجل من العراق قال لإمرأته : حبلك على غاربك. فأحلفه عندالكعبة ماذا أراد، فقال:أردت الفراق. فقال عمر : فهو ما أردت ، فجمع هـذا الحكم ثلاثة أوجه ، أحدها التحليف ، والثانى الاستجلاب فيه من العراق إلى مكة ، والثالث أنه على مانوى . وهذا أيضاً لاحجة فيه إذ لا يعتبر فعل عمر نصاً تشريعيا ؛ لأنه لاحجة فى أحد دون رسول الله، صلى الله عليه وسلم، فلا طلاق إلا ما كان بلفظ الطلاق أو ما سماه الله عز وجل طلاقاً . وألفاظ الكناية ليست من هذا كله[١] .

الشيعة الإمامية

الكنايات لا يقع بها طلاق

يرى الشيعة الإمامية ، كما يرى الظاهرية ، عدم وقوع الطلاق بألفاظ الكنايات مطلقاً ولذاقالوا بعدم جواز إيقاع الطلاق بلفظ :أنت خلية،أوبرية أو أنت بتة، أو بتلة ، أو حرام ، أو بائن ، أو أعتدى، وإن قصد الطلاق : لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعاً ما يزيله .

صريح الطلاق

وانفرد الإمامية عن الظاهرية فى قصرهم وقوع الطلاق بصريح الطلاق فى لفظة طالق فقط فيقع طلاق الزوجة إذقال لها زوجها أنت طالق وأشار إليها أو إذاقال فلانة طالق، أو هذه طالق أو زوجتى طالق. وينحصر عندهم، فى اشهر الأقوال، وقوع الطلاق بلفظ «طالق» فقط، إذا أضيفت إلى محل صالح لوقوع الطلاق فيه[٢]. قال صاحب المختصر النافع : « الركن الثالث » فى الصيغة، ويقتصر على طالق تحصيلا لموضع الاتفاق، ولا يقع بخلية ولا برية، وكذا لو قال: «اعتدى»[٣].

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٩٤ ، ١٩٥ ، ١٩٦ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية للجبعى العاملى ج ٢ ص ١٤٧

(٣) الامام أبو القاسم نجم الدين جعفر . الحسن الحلى المتوفى ٦٧٦ هـ .

الطلاق الرجعى والطلاق البائن

المذهب الحنفى

الطلاق الرجعى : هو الذى يملك ، الزوج ، بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية من غير عقد جديد مادامت فى العدة .

الطلاق البائن : هو الطلاق الذى لا يملك المطلق ، بعده ، أن يعيد مطلقته إلى عصمته بدون عقد جديد ولو كانت فى العدة .

والطلاق البائن قسمان : (١) بائن ، بينونة صغرى وهو : الذى لا يستطيع الرجل ، بعده ، أن يعيد المطلقة إلا بعقد جديد ومهر .

(٢) بائن بينونة كبرى ، وهو : الذى لا يستطيع الرجل بعده ، أن يعيد المطلقة الى الزوجية إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر ، زواجا صحيحا ، ويدخل بها دخولا حقيقيا ، ثم يفارقها أو يموت عنها . وتنقضى عدتها منه . وفيما يلى الحالات التى يكون فيها الطلاق رجعيا ، والحالات التى يكون فيها الطلاق بائنا

أولا — حالات الطلاق الرجعى

يكون الطلاق رجعيا فيما يلى :

١ — إذا كان الطلاق بعد الدخول الحقيقى بلفظ من مادة الطلاق أو التطليق غير مقترن بعوض ، ولا بعدد ولا موصوف بوصف الشدة ، أو القوة ، أو نحوهما ، ولا بما يفيد معنى البينونة والانفصال ، ولم يكن على مال ولا مكملا للثلاث .

٢ — وكذلك إذا كان بعد الدخول بلفظ من ألفاظ الكناية التى لا تفيد معنى الشدة والفصل التام من رابطة الزوجية : مثل : اعتدى ، واستبرئى رحمك ، وأنت واحدة

جاء في البدائع .. « وأما الصريح الرجعي فهو أن يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث، لا نصا ، ولا إشارة ، ولا موصوفا بصفة تنبيء عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ، ولا مشبه بعدد أو وصف تدل عليها[١] ».

وجاء في البدائع أيضا : « وأما الكناية فثلاثة ألفاظ من الكنايات رواجع بلا خلاف ، وهي قوله : « اعتدي ، واستبرئي رحمك وأنت واحدة. أما قوله : اعتدي ؛ فلما روي عن أبي حنيفة أنه قال : القياس في قوله اعتدي أن يكون بائنا وإنما اتبعنا الأثر وكذا قال أبو يوسف القياسي أن يكون بائنا وإنما تركنا القياس لحديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله، صلى الله عليه وسلم، قال لسودة بنت زمعة رضي الله عنها: «اعتدي» فناشدته أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضي الله عنها حتى تحشر في جملة أزواجه صلى الله عليه وسلم، فراجعها ورد عليها يومها، ولأن قوله: اعتدي أمر بالاعتداد، والاعتداد يقتضي سابقة الطلاق، والمقتضى يثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة . والضرورة ترتفع بالأول ، وهو الواحدة الرجعية ، فلا يثبت ماسواها . ثم قوله اعتدي إنما يجعل مقتضيا للطلاق في المدحول بها. وأما في غير المدخول بها فإنه يجعل مستعارا من الطلاق . وقوله : « استبرئي رحمك » تفسير قوله اعتدي ؛ لأن الاعتداد شرع للاستبراء فيفيد ما يفيده قوله اعتدي . وأما قوله «وأنت واحدة» فلأنه لما نوى الطلاق فقد جعل قوله واحدة نعتا لمصدر محذوف وهو الطلقة كأنه قال أنت طالق طلقة واحدة، كما يقال أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا[٢] ».

ثانيا — حالات الطلاق البائن

يكون الطلاق بائنا في الأحوال الآتية :

أولا الصريح البائن :

١ — الطلاق قبل الدخول الحقيقي ، فهو ، حينئذ، لا يقبل الرجعية ؛ لأن

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٣ ص ١٠٩ ، ١١٠ ، ١١١ ، ١١٢ .
(٢) المصدر السابق ذات الجزء ص ١١٣ .

المراجعة لا تكون الا فى العدة ؛ والطلاق قبل الدخول لاعدة فيه . والخلوة - ولو كانت صحيحة - لا يكون لها هنا حكم الدخول الحقيقى ؛ فالطلاق بعد الخلوة المجردة يقع بائنا ، قصداً للاحتياط. وهذا من المواضع التى تخالف الخلوة فيها الدخول الحقيقى .

٢ — إذا كان لفظ الطلاق مقرونا أو موصوفا بالشدة أو القوة أوبما يفيد البينونة ، كقول الرجل: أنت طالق طلقة شديدة، أو قوية، أوطويلة، أو عريضه ، فإن المراد بالطول والعرض الشدة والقوة ؛ وكقوله : أنت طالق طلقة بائنة ، أو أنت طالق البتة . وكذلك قوله : أنت طالق طلقة تملكين بها نفسك ، فانها لا تملك نفسها إلا بالطلاق البائن .

٣ — إذا كان الطلاق فى مقابلة عوض من جهتها ، فإن المقصود من العوض أن تملك بالطلاق نفسها وتخلص لها عصمتها ، وذلك لا يكون الا بالطلاق البائن .

٤ — إذا كانت الطلقة مكملة للثلاث ، فانه تثبت بها البينونة الكبرى . وكذلك إذا كانت صيغة الطلاق مقرونة بعدد الثلاث ، لفظا ، أو بالاشارة، ففى كل هذه الأحوال يقع الطلاق بائنا دون توقف على نية المطلق .

ثانياً — الكناية التى تفيد البينونة :

٥ — إذا قال الرجل لامرأته : أنت خالصة . أوأنت حرام ، أو قال: على الحرام لأفعلن كيت وكيت أولاأفعله، فإن هذا. أيضا ملحق بالصريح الذى لايتوقف على نية . والواقع به طلاق بائن ؛ لأنه يفيد معنى الشدة والفصل التام من رابطة الزوجية

٦ — الكنايات التى تفيد معنى الشدة والفصل التام . مثل أنت بائن أو أنت طالق البتة ونحو ذلك[1].

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص ١١١ ، ١١٢ .

المذهب المالكى

الطلاق الرجعى

قال المالكية بوقوع الطلاق رجعيا بصريح الطلاق إذا لم ينو به الثلاث . وذلك فى المدخول بها؛ قال الامام أبو الحسن[١]: (وطلاق السنة مباح وهو أن يطلقها فى طهر، لم يقربها فيه، طلقة واحدة، ثم لايتبعها طلاقا حتى تنقضى العدة، وله الرجعة فى التى تحيض، مالم تدخل فى الحيضة الثالثة فى الحرة أو فى الثانية فى الأمة) ؛ لأن أسباب الزوجية باقية بينهما ما عدا الوطء » . وقال العلامة الشيخ على العدوى: « قوله. وله الرجعة فى التى تحيض) أى، وطلقت دون الثلاث فى غير زمن حيض . أما التى طلقت زمن الحيض فيراجعها مالم تدخل فى الرابعة إن كانت حرة أو الثالثة إن كانت أمة ، فإن دخلت الحرة فى الرابعة ، والأمة فى الثالثة، حلت للأزواج » . [٢]

وكذلك يكون الطلاق رجعيا إذا طلقها بلفظ من ألفاظ الكناية الظاهرة بأن قال لها اعتدى وصدق إذا ادعى انه ما قصد بهذا اللفظ ايقاع طلاق. وكانت هناك قرينة(بساط) تدل على صدقه فيما يدعيه بأن قال: اردت ان تعد النقود، وكان قد اعطاها نقودا ساعة تلفظه بلفظ اعتدى » :

أما حالات الطلاق البائن فبينها المالكية كما يلى :

١ ـ المطلقة قبل الدخول .

٢ ـ المطلقة ثلاثا بعد الدخول .

٣ ـ المطلقة بلفظ من الفاظ كنايات الطلاق الظاهرة ونوى البينونة . أو إذا طلقها بلفظ انت بتة ،اوحبلك على غاربك ،اى عصمتك على كتفك، كناية عن كونه لم يكن له عليها عصمة كالممسك بزمام دابة يرميه على كتفها .

---

(١) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى العدوى على شرح الامام أبى الحسن المسمى كفاية الطالب الربانى لرسالة ابن ابى زيد القيروانى فى مذهب سيدنا الامام مالك ج٢ص ٥٧

(٢) المصدر السابق . حاشية العلامةالشيخ على الصعيدى على شرح أبى الحسن ج٢ ص ٦١

٤ ـ الخلع ـ والخلع طلقة لا رجعة فيها وإن لم يسم طلاقاً [١] .

٥ ـ المطلقة بصريح الطلاق ونوى به الثلاث دفعة واحدة ، فإذا قال الرجل لامرأته : «أنت طالق» وادعى أنه أراد بذلك ثلاثاً ، قال مالك : هو ما نوى ، وقد لزمه[٢] قال صاحب الشرح الكبير : ويلزم المطلق بصريح الطلاق : «أنت طالق» ، وأنت مطلقة ، وأنا طالق منك ـ طلقة واحدة إلا لنية أكثر فيلزمه ما نواه »[٣] ـ وقال الإمام أبو الحسن : ومن قال لزوجته أنت طالق البتة فهي ثلاثة ، فى التى دخل بها أو لم يدخل بها ولا ينوى . ماذكره هو مـــذهب المدونة وشهره ابن بشير ، وقيل ينوى إن لم يدخل وشهره ابن الحاجب فيها وفى سائر الكنايات الظاهرة . فإن قال لها « أنت برية » أو « خلية » او « حبلك على غاربك » فهى ثلاث فى التى دخل بها وينوى عدد الطلاق لا فى إرادة غير الطلاق فى التى لم يدخل بها[٤]

وقال العلامة الشيخ على الصعيدى العدوى : المشهور فى المذهب أن الرجل لو قال لزوجته: «حبلك على غاربك » يلزمه الثلاث مطلقاً دخل أو لم يدخل . والحاصل أن الكناية الظاهرة على ثلاثة أقسام؛ ما يلزم فيه الثلاث مطلقاً ، ولا ينوى، وذلك فى بتة ، وحبلك على غاربك على المعتمد، وما يلزم فيه الثلاث حتى يدعى نية أقل فى غير المدخول بها ، وما يلزم فيه الثلاث إبتداء حتى يدعى نية أقل حتى فى المدخول بها فيقبل كما إذا قال لها : خليت سبيلك [٥] .وقال الفقيه أبو الحسن : « ومن قال لزوجته أنت طالق فهى واحدة حتى ينوى أكثر من ذلك[٦] » .

تنبيـه

قال العلامة الشيخ على الصعيدى جميع ماتقدم من الصريح والكناية حيث لا بساط ، وأما لو رفعته بينة أو كان عند المفتى وادعى أنه لم يرد الطلاق

---

(١) المصدر السابق، حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى على شرح أبى الحسن ج ٢ ص ٦١

(٢) بداية المجتهد للعلامة إبن رشد ج٢ ص ٧٤ .

(٣) الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ٣٧٨ .

(٤ ، ٥ ، ٦) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى العدوى على أبى الحسن ج٢ص ٦٢.

بهذا اللفظ فإنه يصدق إن دل بساط (قرينة) على نفي الطلاق ، لكن عند القاضي حيث رفعته بينة بيمين ، وإن كان مستفتيا صدق بلا يمين . قال المتيطي : إن قال لمن طلقها هو أو غيره قبله يا مطلقة ، وزعم أنه لم يرد طلاقا ، وإنما قصد الإخبار بما حصل لها أو أكثرت في مراجعته على غير شيء فقال لها على طريق التشبيه : يا مطلقة ، وادعى إنما أراد يا مثل المطلقة في طول اللسان وقلة الأدب ، فإنه يصدق في ذلك ، أوقال لها : أنت كالميتة أو كالدم ، وادعى أنه أراد في الرائحة ، أو أردت بيائن منفصلة إذا كان بينهما فرجة . أو أنت كالدم في الاستقذار إذا كانت رائحتها قذرة أو كريهة . وقولهم : إن الطلاق يلزم به ولو هازلا مالم يكن بساط ، وإلا فيصدق كما لو كانت موثقة وقالت : أطلقني فقال لها : أنت طالق . وأعلم أن محل لزوم الطلاق في نحو حبلك على غاربك إذا كان العرف يستعملها في الطلاق، وإلا كانت كناية خفية . فإن اعتاد ذلك أو اعتاده أهل بلده وأولى لوكان عادة الجميع لزم الطلاق به ، وإلا فلا حتى ينوى الطلاق[1] .

المذهب الشافعي

يرى الشافعية أن كل طلاق يقع رجعياً إلا إذا كان قبل الدخول ، أوكان على مال كما في الخلع ، أو كان مكملا للثلاث، أو مقترنا بعدد الثلاث . وعلى هذا المذهب لا يقع بشيء من ألفاظ الكناية إلا الطلاق الرجعي ولو نوى بها البائن .

وحجتهم في ذلك من وجهين :

(الأول) أن صريح لفظ الطلاق الذي لا يحتمل معنى آخر غير الطلاق لا يقع به إلا الطلاق الرجعي بالاتفاق ، فيكون الواقع بألفاظ الكناية رجعياً بالطريق الأولى ؛ لأن الكناية أضعف من التصريح ،

---

(١) حاشية العلامة الشيخ على الصعيدى حـ ١ ص ٦٢

لاحتمالها الطلاق وغيره ، فلا يثبت بها ما هو أشد من الثابت بالصريح .

(الثانى) ان كون الطلاق رجعيـــاً ، أو بائناً هو من الأوضاع الشرعية التى لا تتأثر بالإرادة والنية ، فقصد البينونة من لفظ هو أدنى من اللفظ الصريح الذى شرع به الطلاق الرجعى يكون تغييراً لتلك الأوضاع.

مناقشة ما احتج به الشافعية

وقد ناقش الأحناف ما استدل به الشافعية فقالوا :

أولا ــ القول بأن الكناية أضعف من الصريح فى إرادة الطلاق لأنها تحتمل معنى آخر غير إرادة الطلاق فمتى لم يقع بصريح الطلاق إلا طلاقاً رجعياً فكذلك ما كان أضعف من الصريح وهو الكنايه فلا يقع بها إلا الطلاق الرجعى ... هـذا القول مردود بأن كنايات الطلاق لم يثبت بها الطلاق البائن إلا عند زوال إحتمال ارادة غير الطلاق ، ولا تثبت بها البينونة مع ذلك إلا من حيث أنها تفيد الانفصال من الزوجية انفصالا شديداً . وهـذا هو الطلاق البائن الشديد .

ثانياً ـ القول بأن الأوضاع الشرعية لاتتأثر بالإرادة والنية ، وأن قصد البينونة من لفظ هو أدنى من اللفظ الصريح الذى شرع به الطلاق الرجعى يكون تغييراً لتلك الأوضاع ... هذا القول غير مسلم به : لأنه قد عهد فى الشريعة مايدل على وقوع البينونة بألفاظ الكناية ، فقد روى أبو داود فى سننه ورواه الشافعى فى كتاب الأم أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته[1] « سهيمة » ألبتة ، فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال له ما أردت إلا واحدة ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : « والله ما أردت إلا واحدة » فقال ركانة : والله ما أردت إلا واحدة ، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم .

---

(١) فى بدائع الصنائع للكاسانى جـ٣ ص ١١٢ (... وان ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة طلق امرأته ألبتة فحلفه رسـ[illegible] [illegible] وسلم ما أراد بها الثلاث)

ووجه الاستدلال فى الحديث : هو أن ركانة لو أراد بلفظ « ألبتة » أكثر من طلقة واحدة لوقع ما أراده وثبتت به البينونة ، وإلا لما كان هناك معنى لسؤال النبي صلوات الله وسلامه عليه له وتقريره باليمين بالله أنه لم يرد بذلك اللفظ غير واحدة فإذا صح أن يراد بهذا اللفظ البينونة الكبرى فتثبت هذه البينونة ، فإنه يصح أن يراد به البينونة الصغرى وتقع أيضاً ويكون جميع ذلك من الشرع[١] .

المذهب الحنبلى

الطلاق الواقع بكنايات الطلاق

فى المذهب الحنبلى رأيان ، هما :

(الأول) أنه يقع بالكناية الظاهرة ثلاث طلقات وإن نوى واحدة لأنه قول علماء الصحابة ، ومنهم ابن عباس وأبو هريرة وعائشة . ويقع بكناية خفية طلقة رجعية فى مدخول بها لأن مقتضاها الترك كصريح الطلاق دون البينونة فإن نوى بخفية أكثر من واحدة وقع ما نواه ؛ لأنه لفظ لا ينافى العدد فوجب وقوع ما نواه به .

وتفريعاً على هذا الرأى يكون الطلاق الرجعى ما وقع بصريح الطلاق إلا إذا كان قبل الدخول أو كان على مال ، أو كان مكملا للثلاث ، أو كان مقترناً بعدد الثلاث ، أو كان بكناية ظاهرة ، أو كان بكناية خفية ونوى بها الثلاث[٢] .

(الثانى) ما قاله صاحب المغنى[٣] ، وقال إنه الراجح فى المذهب ، وهو :

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ١٠٨ ، وفتح القدير جـ ٣ ص ٩٥

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٧٧

(٣) المصدر السابق نفس الجزء والصفحة

أن الطلاق الوقع بكنايات الطلاق طلاق رجعي ما لم يقع الثلاث ؛ لأنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب أن يكون رجعياً كصريح الطلاق .

هبة الزوج زوجته

إذا وهب الزوج زوجته لأهلها أو لنفسها أو لأجنبي . فلا يخلو الحال من أن يحصل قبول من الموهوب له للهبة أو لا يحصل ، فإن قبلها أهلها ، أو قبلت هي الهبة (إن كان الزوج قد وهبها نفسها) أو قبل الأجنبي الهبة (في حالة ما إذا وهبها لأجنبي) ـ فتطلق الزوجة طلقة واحدة يملك الرجعة إن كان مدخولا بها ، وإن لم يحصل قبول للهبة من الموهوب له (سواء أكان الموهوب له أهلها ، أو كانت هي الزوجة نفسها ، أو كان أجنبياً عنها ، بل حصل رد للهبة) فلا شيء مطلقاً .

وعلل الحنابلة لما تقدم فقالوا :

هبة الرجل زوجته لأهلها تمليك للبضع وهـذا التصرف يحتاج إلى القبول كالنكاح فمتى ردها أهلها ولم يقبلوها فقد انتفى تمام التصرف فلا يقع طلاق . أما لو قبلوها فتقع طلقة واحدة رجعية لأن هذا اللفظ محتمل فلا يحمل على الثلاث عند الإطلاق كقوله: اختاري... أما أنها طلقة رجعية ؛ فلأنها طلقة لمن عليها عـدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق ... هذا كله إذا لم ينو ثلاثاً أو اثنتين فإن نوى ثلاثاً أو اثنتين فهو على ما نوى ؛ لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع إلى نيته في عددها كسائر الكنايات . ولابد من أن ينوي بقوله: « وهبتك لأهلك » الطلاق أو

---

(١) شرح منتهى الإرادات للشيخ العلامة فقيه الحنابلة في وقته منصور بن يونس ابن ادريس البهوتي جـ٣ ص ١٣١ ، ١٣٢ طبع مطبعة أنصار السنة سنة ١٩٤٧ م .

تكون ثم دلالة حال ؛ لأنها كناية والكنايات لابد فيها من النية ـ
وقال المغنى[1]: وينبغى أن تعتبر النية من الذى يقبل أيضاً كما تعتبر فى
اختيار الزوجة إذا قال لها اختارى ؛ أو أمرك بيدك ـ وصيغة القبول
أن يقول أهلها : قبلناها ... نص على ذلك أحمد .

بيع الزوج زوجته

قال الحنابلة : بيع الزوجة لا يعتبر طلاقاً... لها فمن باع امراته لغيره لم
يقع به طلاق وإن نوى . وبهذا قال الثورى وإسحاق . وقال مالك تطلق
واحدة ، وهى أملك لنفسها ؛ لأنه أتى بما يقتضى خروجها عن ملكه فأشبه
ما لو وهبها .

وقد رد الحنابلة قول المالكية فقالوا : إن البيع لا يتضمن معنى الطلاق؛
لأنه نقل ملك بعوض والطلاق مجرد إسقاط لا يقتضى العوض فلم يقع به
طلاق كقوله أطعمنى وأسقنى[2] .

الظاهرية

الطلاق الرجعى والبائن

سبق أن أوضحنا رأى الظاهرية فيما يقع به الطلاق من الألفاظ وقلنا إنهم
لا يقولون بوقوع طلاق إلا بلفظ من ثلاثة ألفاظ؛ إما الطلاق، وإما الفراق، وإما
السراح... بجميع إشتقاق ألفاظها، وإن ماعدا الألفاظ السابقة لا يقع بها طلاق،
نوى بها طلاقاً أولم ينو، لا فى فتيا ولا فى قضاء، مثل الخلية والبرية، وأنت مبرأة،

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٨٦ ، ٢٨٧
(٢) « « « « جـ ٨ ص ٢٨٧

وحبلك على غاربك إلى آخر ماسبق بيانه . وقلنا إن الظاهرية يرون أن من قال لامرأته أنت طالق ونوى اثنتين أو ثلاثاً فهو كما نوى — وإنهم يرون أن كل طلاق رجعى إلا إذا كان[1] ثلاثاً أو مكملا للثلاث أوكان طلاقاً قبل الدخول؛ قال ابن حزم : ما وجدنا قط فى دين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسوله صلى الله عليه وسلم طلاقاً بائناً لارجعة فيه إلا الثلاث مجموعة أو مفرقة أو التى لم يطأها ولا مزيد. وأما ماعدا ذلك فآراء لاحجة فيها .

هبة الرجل امرأته :

قال ابن حزم بعدم وقوع الطلاق فى هبة الرجل زوجته لأهلها أو لنفسها أو لاجنبى، فإن فعل ذلك بطل كلامه ولا يلزمه به طلاق أصلا نوى بقوله الطلاق أو لم ينوه ؛ لأن من الباطل أن يهب حرة أو أمة غيره، فهبته فاسدة والفاسد لاحكم له إلا بإبطاله والتوبة إلى الله عز وجل منه[2] .

الشيعة الامامية

الطلاق الرجعى والبائن :

قسم الشيعة الإمامية الطـــلاق السنى إلى ثلاثة أقسام : بائن ، ورجعى — وللعدة

الطلاق البائن :

الطلاق البائن هو مالا يصح معه الرجعة . وهو طلاق اليائسة على الأظهر ، ومن لم يدخل بها ، والصغيرة ، والمختلعة، والمبارأة، مالم ترجعا فى البذل . والمطلقة ثلاثا بينها رجعتان (ثالثة ثلاثة بعد رجعتين)

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٤٥ .
(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٢٠، ١٣٠٠ مسألة ١٩٣٩ .

الطلاق الرجعى :

والطلاق الرجعى ما يصح معه الرجعة ولو لم يرجع ومنه المختلعة والمبارأة إذا رجعتا فى البذل .

الطلاق للعـدة :

وطلاق العدة ما يرجع فيـه ويواقع ثم يطلق فهذه تحرم فى التاسعة تحريما مؤبدا وما عداها تحرم كل فى ثالثة حتى تنكح غيره[١] . وإطلاق اسم العدى على هذا الطلاق من حيث الرجوع فيه فى العدة .

جاء فى الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية وجعل هذا النوع من الطلاق قسما للأولين يقتضى مغايرته لهما مع أنه أخص من الثانى فإنه من جملة أفراده ، بل أظهرها حيث رجع فى العدة ، فلو جعل الطلاق قسمين (رجعيا وبائنا) ثم قسم الرجعى إليه وإلى غيره كان أجود[٢] .

القانون

نص القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى المادة الرابعة منه بما يلى :

(م ٤ — كنايات الطلاق — وهى ما تحتمل الطلاق وغيره لا يقع بها الطلاق إلا بالنية) .

شرح القانون

لا بد من النية فى وقوع الطلاق :

بالرجوع إلى نص المادة السابقة نجدها قد أخذت بمذهب الشافعية وعدلت عن الأخذ بالمذهب الحنفى ، فقصرت وقوع الطلاق بألفاظ الكناية

(١) المختصر النافع للعلامة الحلى ص ١٩٨ .

(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ١٥١ للشهيد السيد زين الدين الجبعى العاملى .

على أن ينوى بها الطلاق، ولم يعول على ماسوى النية من القرائن ودلالات الحال التى يعتد بها فى مذهب الحنفية. وتفريعا على ذلك: إذا أتى الرجل بلفظ كناية ثم ادعى أنه لم يرد به إيقاع الطلاق فإنه يصدق فى ذلك، ولا يقع عليه شىء، وإن كانت القرائن والظروف تشهد بخلاف دعواه.

ألفاظ الكناية لا يقع بها الا الرجعى

وألفاظ الكناية جميعها إذا نوى بشىء منها الطلاق فلا يكون الا رجعيا فى حكم القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. فقد نصت المادة الخامسة منه على ما يأتى:

م ٥ — كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول والطلاق على مال، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ سنة ١٩٢٠.

موقف القانون من مذاهب الائمة:

والقانون فيما نص على كونه بائنا أو رجعياً فى المادة المذكورة قد وافق مذاهب الأئمة الأربعة - فما دام التطليق بألفاظ الكناية ليس مكملاً للثلاث، ولا واقعا قبل الدخول؛ وليس فى مقابلة مال من جهة الزوجة، فلا يقع به إلا الرجعى. أما المكمل للثلاث والواقع قبل الدخول أو على مال فإنه يكون بائنا.

مخالفة القانون لمذاهب الأئمة الاربعة:

لكن القانون فى قصره البينونة التى تكون من المطلق على الأحوال السابقة التى عددها وحددها فى المادة الخامسة وهى حالات ثلاث يكون مخالفا لمذاهب الأئمة الأربعة، فعندهم الطلاق المقترن بعدد الثلاث يقع ثلاثا، لكن القانون يجعلها طلقة واحدة، وقد نص على ذلك فى المادة الثالثة منه التى سبق بيانها.

أحكام الطلاق الرجعى والطلاق البائن

لكل من الطلاق - الرجعى والطلاق البائن أحكام خاصة به . وهناك أحكام مشتركة بينهما . ونذكر فيما يلى ما قاله الفقهاء فى ذلك فى حدود المذاهب التى التزمت ببيان رأى أئمتها :

أولا - المذهب الحنفى

أحكام الطلاق الرجعى :

الطلاق الرجعى لا يغير من أحكام الزوجية ، فهو لا يزيل الملك ، ولا يرفع الحل ، وليس له من أثر إلا نقص عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ؛ ولذلك تثبت فيه الأحكام الآتية :

١ - يملك المطلق طلاقا رجعيا مراجعة مطلقته من غير عقد جديد ما دامت فى العدة .

٢ - لا يحل بمجرد الطلاق الرجعى الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين (الموت أو الطلاق) ، وإنما يحل هذا المؤجل بالبينونة التى تكون بانقضاء العدة .

٣ - ترث المرأة مطلقها ويرثها متى كان الموت قبل انقضاء العدة ، سواء أكان الطلاق فى حال الصحة أم فى حال مرض الموت ، وسواء أكان الطلاق برضاها أم بغير رضاها ، وسواء أكانت حين الطلاق بحالة يصح معها الإرث ، كأن تكون زوجة المسلم مسلمة أم لم تكن كذلك حينئذ ثم صارت إلى الحالة التى يصح معها الإرث ، بأن كانت كتابية ثم أسلمت قبل الموت وانقضاء العدة .

٤ - المطلقة رجعيا يمكن لمطلقها إيقاع طلاق آخر عليها فى العدة ، سواء أكان رجعيا أم بائنا .

٥ ــ الطلاق البائن

الطلاق البائن إما أن تثبت به بينونة صغرى ، وإما أن تثبت به البينونة الكبرى ، وكل منهما يزيل الملك الثابت بالزوجية . فلا يعود هذا الملك إلا بعقد ومهر جديدين . وتزيد البينونة الكبرى بأنها ترفع الحل أيضا . فلا يعود هذا الحل بين الرجل والمرأة بالعقد الجديد إلا بعد أن تتزوج بزوج آخر ويذوق كل منهما عسيلة الآخر .

البينونة الصغرى

يمكن إجمال أحكام الطلاق البائن بينونة صغرى فيما يلى :-

١ ــ لا يمكن لمن طلق امرأته طلاقا بائنا بينونة صغرى أن يعيد إليه مطلقته إلا بعقد ومهر جديدين .

٢ ــ يحل بمجرد وقوع البينونة الصغرى مؤخر الصداق المؤجل إلى أحد الأجلين .

٣ ــ إذا مات (المطلق أو المطلقة) فى حالة الطلاق البائن قبل انقضاء العدة فلا يرثها الآخر ؛ لأن سبب الإرث بين الزوجين هو الزوجية ، والبينونة تزيل الملك الثابت بهذه الزوجية ، فينتفى سبب التوارث بينهما ، إلا فى حالة واحدة ، وهى التى يظن فيها أن البينونة كانت فرارا من الإرث ، فيعامل هذا الفار بنقيض مقصوده ؛ ويثبت للآخر حق الميراث فى تركته كما سبق بيانه فى موضوع « طلاق المريض » .

٤ ــ إذا طلق الرجل المرأة فى عدة البينونة فلا يقع طلاقه ، إذا كان هذا الطلاق الثانى بائنا ، بلفظ الكناية فى مقام يحتمل الإخبار عن البينونة الأولى . وسيأتى تفصيل القول فى هــذا فى موضوع « الطلاق فى عدة الطلاق » .

البينونة الكبرى :

البينونة الكبرى هي كالصغرى فى كل ما ذكرنا من الأحكام السابقة إلا فى مسألتين :

(الأولى) : أن البينونة الكبرى هى نهاية ما يملك الزوج على زوجته من الطلاق ، فلا محل بعدها لوقوع طلاق آخر .

(الثانية) : أنه لا يمكن معها أن ترجع المرأة إلى الذى طلقها حتى تتزوج بغيره زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقياً، ثم يفارقها وتنقضى عدتها منه[١] .

الأحكام المشتركة :

من الأحكام التى يشترك فيها كل من الطلاق الرجعى والبائن بنوعيه ما يأتى : -

١ — وجوب نفقة العدة بأنواعها الثلاثة للمطلقة .

٢ — ثبوت نسب ولد المطلقة من مطلقها على تفصيل فى ذلك نعرض له فى مبحث ثبوت النسب .

٣ — إذا تزوجت المطلقة رجعيا أو بائنا - بعد انقضاء عدتها - بزوج آخر ثم فارقها هذا الزوج بعد الدخول ، وأرادت أن تعود إلى الأول ، فإنها تعود إليه بزوجية جديدة يملك فيها ثلاث طلقات ، لأن الزواج الثانى يهدم ما كان من الطلاق فى الزواج الأول، سواء أكان ثلاثا أم أقل عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد وزفر: إنه يهدم الثلاث لا غير . فإذا عادت المطلقة طلقة واحدة أو اثنتين إلى الزوج الأول تعود إليه إليه بحل كامل

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٨٠ ، ١٨٧ ، ١٨٨ ، ١٨٩ — وراجع فتح القدير ج ٣ ص ١٥٤ والأحوال الشخصية للشيخ عبد الرحمن تاج ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ .

يملك فيه ثلاث طلقات على رأى أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وزفر: إن مطلقها الأول إذا عادت إليه لا يملك عليها إلا ما بقى من الطلاق الثلاث. أما إذا كانت مطلقة ثلاثا، ثم عادت إلى مطلقها بعد زواجها من غيره زواجا صحيحاً ودخل بها، فإنها تعود إلى الأول بحل كامل يملك فيه ثلاث طلقات بلا خلاف بين أئمة المذهب وسنذكر دليل كل فيما بعد.

المذهب المالكى

أحكام الطلاق الرجعى:

١ - المطلق رجعيا حق مراجعة مطلقته، مالم تنقض عدتها، لأن أسباب الزوجية باقية بينهما، والرجعة تكون بالنية مع القول كراجعتها وأمسكتها أو ما يقوم مقام القول كالوطء ومقدماته. وفى رجعته بالنية فقط قولان فى المذهب[1]. ولو راجعها بالقول فقط دون النية، فرجعة فى الظاهر دون الباطن أما لو وطئها دون أن ينوى بالوطء مراجعتها، فلا يعتبر ذلك رجعة لها لا ظاهرا ولا باطنا.

النفقة والميراث والنسب

يرى المالكية أن المطلقة رجعيا لها النفقة على مطلقها، مادامت فى عدتها منه، كما ترثه إذا مات عنها وهى معتدة منه. كما يثبت نسب الولد إذا أتت به المطلقة لأقل مدة الحمل إلا أن ينفيه المطلق بلعان، هذا إذا لم تتزوج بزوج آخر غير هذا الزوج. أما إذا تزوجت بزوج آخر غيره، فيثبت نسب الولد إن أتت به لدون ستة أشهر من عقد الثانى - وحينئذ يفسخ نكاح الثانى لأنه ناكح فى عدة - وترجع إلى الأول. وأما لو أتت به لستة أشهر فأكثر

(١) حاشية العدوى على شرح أبي الحسن ج ٢ ص ٥٧، ٥٨. وبداية المجتهد ج ٢ ص ٨٨، ٩٤ طبع مكتبة الكليات الأزهرية سنة ١٩٦٦.

فهو لاحق بالزوج الثانى قطعا[١]. وقال صاحب التاج والاكليل :

« من المدونة كل معتدة من طلاق أو وفاة تأتى بولد وقد أقرت بانقضاء عدتها فإنه يلحق بالزوج ما بينها وبين خمس إلا أن ينفيه الحى بلعان ويدعى استبراءها قبل طلاقه »[٢] .

وقال المالكية : لو ارتابت المرأة هل هى حامل أو لا ؟ عليها أن تتربص وتنتظر مدة؛ قيل.أربع سنين،وقيل:خمس سنوات.. فلو تزوجت، قبل الخمس السنوات بأربعة أشهر فولدت لخمسة لم يلحق بواحد منهما وحُدت - فقد روى عن مالك أنها تنتظر أربع سنوات . وفى المدونة : « من نكحت قبل خمس سنين بأربعة أشهر فأتت بولد لخمسة أشهر من يوم نكحت ، لم يلحق بأحد الزوجين ، وحدت . وفسخ نكاح الثانى لأنه نكح حاملا »[٣] .

وقال الحطاب[٤] : « مسألة » وتجب النفقة لكل مطلقة مدخول بها فى أيام عدتها ، إذا لم يكن الطلاق بائنا ، وكان الزوج يملك ارتجاعها فيه ؛ سواء أوقعه الزوج أو الزوجة أو السلطان بإيلاء أو عدم نفقة إذا أيسر فى العدة. وفى المدونة : وجوب النفقة على المولى أيام العدة ، ولمطرف وابن الماجشون وأصبغ: لا نفقة لها ؛ لأن رجعته لا تصح بالقول إلا أن يقترن به الفعل . وأما المبتوتة، والمبارأة، والمختلعة ، وكل من لا يملك الزوج رجعتها ، لا نفقة لها إلا أن تكون حاملا، انتهى ؛ وقال فى طلاق السنة : وكل مطلقة لها السكنى، وكل بائنة بطلاق، أوبتات، أوخلع، أو مبارأة ، أولعان، أو نحوه، فلها السكنى ، ولا نفقة لها ولا كسوة ؛ إلا فى الحمل البين ، فذلك لها ما أقامت

---

(١) الحطاب جـ ٤ ص ١٤٩ .

(٢) التاج والأكليل على هامش مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٤٩ .

(٣) المصادر السابقة ذات الجزء والصفحة .

(٤) مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٨٩ « باب النفقات » .

حاملا ،خلا الملاعنة ، فلا نفقة لحملها لأنه لا يلحق بالزوج . انتهى . قال أبو الحسن:قوله: ونحوه... يعني المفسوخ انتهى. ثم قال فيها: وكل طلاق فيه رجعة فلها النفقة والكسوة ، حتى تنقضي عدتها، حاملا كانت أو غير حامل . وكذلك امرأة المولى ، إذا فرق بينهما ؛ لأن فرقة الإمام فيها غير بائن ، وهما يتوارثان مالم تنقض العدة . وتجب السكنى فى فسخ النكاح الفاسد ، أو ذات محرم بقرابة أو رضاع، حاملا كانت أولا لأنه نكاح يلحق فيه الولد وتعتد فيه حيث كانت تسكن ، ولا نفقة عليه ولا كسوة ، إلا أن تكون حاملا فذلك عليه . انتهى . قاله أبو الحسن. قوله: وكذلك امرأة المولى إذا طلق عليه لعدم النفقة ثم أيسر فى العدة ، هل تجب عليه النفقة وإن لم ترتجع ؟ فعلى مانص هنا تلزمه النفقة ، ومثله لابن حبيب ثم قال : فانظر فى سماع عيسى من طلاق السنة ، مسألة النصرانية تسلم تحت النصرانى ، أنه لا نفقة لها عليه . وفى سماع أصبغ خلافه صح من جامع الطرد اللخمى قال ابن المنذر: أجمع من أحفظ عنهم على أن المعتدةُ التى تملك رجعتها لها السكنى والنفقة ؛ إذ أحكامها أحكام الأزواج فى عامة أمورها » .

وفى التاج والإكليل : « ابن الحاجب : البائن فى السكنى ونفقة الحمل كالرجعية ، فلو مات فالمشهور وجوبهما فى ماله »[١] .

المذهب الشافعى

أحكام الطلاق الرجعى والبائن

الطلاق الرجعى

الطلاق الرجعى عند الشافعية ليس له من أثر سوى تنقيص عدد الطلقات ، فللمطلقة ، رجعياً ، السكنى والنفقة بجميع أنواعها ، لبقاء حبس الزوج لها

(١) التاج والاكليل للمواق على هامش مواهب الجليل للحطاب جـ٤ ص ١٨٩ .

وسلطته عليها ، وقدرته على التمتع بها بالرجعة ، ولا يسقط ما وجب لها إلا بما يسقط به ما يجب للزوجة ، ويستمر وجوبه لها حتى تقر بانقضاء عدتها بوضع الحمل ، أو بغيره فهى المصدقة فى استمرار النفقة ، كما تصدق فى بقاء العدة وثبوت الرجعة إلا مؤنة تنظف فلا تجب لها، لامتناع الزوج عنها إلا إذا تأذت بالهوام للوسخ فيجب .

الطلاق البائن

تجب السكنى لمطلقة ، ولو بائنا ، ما دامت فى عدتها من مطلقها ، لقوله تعالى: « اسكنوهن من حيث سكنتم» وقوله تعالى: « لاتخرجوهن من بيوتهن » أى بيوت الأزواج .

وجه الاستدلال

الآية الأولى: « أسكنوهن من حيث سكنتم » فيها أمر الأزواج باسكان المطلقة دون تفصيل بين أن يكون طلاقها رجعياً أو بائنا . فدل ذلك على وجوب السكنى للمطلقات، مطلقا ، رجعيات أو بائنات .حائلات أوحوامل. أما الآية الثانية: « لاتخرجوهن من بيوتهن » فالخطاب فيها أيضا للأزواج وقد نهت الآية عن إخراج المطلقات من بيوت أزواجهن واضافة البيوت إلى الزجاوت للسكنى لا للملك ؛ إذ لو كانت إضافة ملك لم تختص بالمطلقات ، فدلت الآية على أن للمطلقة السكنى على مطلقها ولو كان طلاقها بائنا . وتأكيدا لهذا قال فقهاء الشافعية: لو أن المطلقة بائنا اسقطت مؤنة المسكن عن الزوج لم تسقط ؛ لأنها تجب يوماً بيوم ، ولا يصح اسقاط مالم يجب[1] .

أما نفقة الطعام والكسوة والخادم ،فقال الشافعية بعدم وجوبها للحائل البائن ، بخلع أوثلاث. أما الحامل البائن فتجب لها ، فلها النفقة والكسوة

---

(١) راجع مغنى المحتاج الى معرفة معانى الفاظ المنهاج للخطيب الشربينى ج٣ص٥٥٢، ٤٤٠

والأدم والخادم ، وذلك بسبب الحمل . وهو القول الصحيح فى المذهب ، لأنها لا تسقط بمضى الزمان . وفى قول آخر فى المذهب قديم تجب للمطلقة باثناً الحامل النفقة بأنواعها للحمل فقط، لوجوبها بسببه وانعدامها بانعدامه . وإنما صرف لها لتغذيه بغذائها [1] .

الرجعــــة

تختص الرجعة بمن طلقت بعد وطئها بلا عوض ولم يستوف عدد طلاقها، وأن تكون باقية فى العدة ، وأن تكون قابلة للحل للمراجع وألا تكون مرتدة .

المـذهب الحنبلى

أحـكام الطلاق الرجعى

يرى الحنابلة أن للمطلق مراجعة مطلقته طلاقاً رجعياً دون حاجة إلى عقد جديد ، بشرط أن يكون النكاح الأول نكاحا صحيحاً ، وأن يكون قد دخل عليها فيه أو خلا بها [2] .

وكذلك يرى الحنابلة أن الطلاق الرجعى تعتبر فيه المطلقة كزوجة فى وجوب النفقة للمطلقة على المطلق والكسوة والسكنى ، قال الشيخ منصور البهوتى : [3] .

« والمطلقة رجعية كزوجة فى وجوب النفقة والكسوة والسكنى؛ لأنها

(١) المصدر السابق ج٣ ص٤٤٠، ٤٤١ طبعة مكتبة ومطبعة مصطفى البابى الحلبى سنة ١٩٥٨

(٢) شرح منتهى الإرادات للفقيه الشيخ منصور البهوتى ج٣ ص١٨٢ طبع مطبعة أنصار السنة المحمدية

(٣) المصدر السابق ج ٣ ص٢٤٧ ومابعدها طبع مطبعة أنصار السنة المحمدية .

زوجة لقوله تعالى: « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك» ، ولأنها يلحقها طلاقه وظهاره أشبه ماقبل الطلاق » .

أما البائن، غير الحامل ، فلا نفقة لها : لحديث فاطمة بنت قيس : « أن زوجها طلقها ألبتة، وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته : فقال : والله مالك علينا منه شيء ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فذكرت له ذلك فقال : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى ، فأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك » متفق عليه وفى لفظ: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «انظرى يا ابنة قيس : إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فاذا لم تكن له الرجعة فلا نفقة ولا سكنى » ، رواه أحمد والأثرم والحميدى . والنبي صلى الله عليه وسلم هو المبين عن الله تعالى مراده ، ولا شيء يدفع ذلك ، ومعلوم أنه صلى الله عليه وسلم هو أعلم بتأويل قوله تعالى: « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » .

وتطلق المدخول بها بوطء أو خلوة فى عقد صحيح بقول زوجها لها : « أنت طالق، أنت طالق » : ثنتين ، إلا إذا نوى المطلق بتكرار هذا اللفظ - «أنت طالق» - التأكيد، وكان الكلام متصلا ، أو قصد به الإفهام - أما المطلقة بائنا فلا يلحقها الطلاق الثانى .

وترث المطلقة رجعياً زوجها مادامت فى عدتها منه .

ثبوت النسب

وقال الحنابلة: لو ولدت المطلقة رجعياً بعد أربع سنين منذ طلقها زوجها، وقبل انقضاء عدتها ، لحق نسب المولود بمطلقها . وكذا يثبت نسب المولود من المطلق رجعياً لو أتت المطلقة منه رجعياً بولودها لأقل من أربع سنين منذ انقضت عدتها لا بأقراء ؛ لأن الرجعية فى حكم الزوجات فى أكثر الأحكام أشبه ماقبل الطلاق .

المذهب الظاهرى

الطلاق الرجعى

يرى الظاهرية أن كل طلاق يقع رجعياً إلا فى موضعين لا ثالث لهما، هما:

١ – إذا طلق غير الموطوأة، لقوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها)[١] .

٢ – طلاق الثلاث ، مجموعة أو مفرقة ، لقوله تعالى : « فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره[٢] .

الطلاق البائن

ما عدا ماتقدم فلا يكون طلاقاً بائنا أصلا عند الظاهرية لقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك »[٣]، ولقوله تعالى: « فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف » وقال تعالى: « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف[٤]» فجعل الى الزوج فى العدة أن يراجع مطلقته أو يترك .[٥] .

أحكام الطلاق الرجعى والبائن

الطلاق الرجعى لا يغير من أحكام الزوجية فهو لايزيل الملك ، ولا يرفع الحل ؛قال ابن حزم :

---

(١) الآية رقم ٤٩ من سورة الاحزاب
(٢) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة
(٣) الآية رقم ٢ من سورة الطلاق .
(٤) الآية رقم ٢ من سورة الطلاق.
(٥) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٦ .

« وقد قلنا : إن المطلقة طلاقا رجعيا هى زوجة للذى طلقها ، مالم تنقض عدتها... يتوارثان ، ويلحقها طلاقه، وإيلاؤه ، وظهاره، ولعانه إن قذفها ، وعليه نفقتها ، وكسوتها ، وإسكانها ، فإذ هى زوجته فحلال له أن ينظر منها إلى ما كان ينظر إليه منها قبل أن يطلقها ، وأن يطأها؛ إذ لم يأت نص بمنعه من شيء من ذلك ، وقد سماه الله تعالى بعلا ، إذ يقول عز وجل: « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك »[1] — وقال ابن حزم فى موضع آخر فى بيان الطلاق البائن والرجعى: « ولا يكون الطلاق بائنا أبداً، إلا فى موضعين لا ثالث لهما ، أحدهما طلاق غير الموطوأة لقوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) والثانى طلاق الثلاث ، مجموعة أو مفرقة: لقوله تعالى : (فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) . وأما ماعدا هذين؛ فلا ، أصلا؛ لقوله تعالى : « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك » ، ولقوله تعالى : « فأمسكوهن بمعروف ، أو فارقوهن بمعروف » ، وقال تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » فجعل إلى الزوج فى العدة أن يراجعها أو يترك . . . . [2]

وقال ابن حزم أيضا : « والطلاق الرجعى هو الذى يكون فيه الزوج مخيراً ما دامت فى العدة ، بين تركها... لا يراجعها حتى تنقضى عدتها فتملك أمرها، فلا يراجعها إلا بولى ورضاها، وصداق ، وبين أن يشهد على ارتجاعها فقط ، فتكون زوجته أحبت أم كرهت ، بلا ولى ، ولا صداق ، لكن بإشهاد فقط . ولو مات أحدهما قبل تمام العدة ، وقبل المراجعة ، ورثه الباقى منهما . وهذا لا خلاف فيه من الأئمة . والبائن هى التى لا رجعة له عليها ، إلا أن تشاء هى فى غير الثلاث ، بولى ، وصداق ورضاها . ونفقتها عليه فى الطلاق الرجعى ما دامت فى العدة ويلحقها طلاقه [3] .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٥١ مسألة ١٩٨٦

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٦ مسألة ١٩٧٢.

(٣) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ٢١٦ ، ٢١٧ مسألة ١٩٧٢

الشيعة الإمامية

أحكام الطلاق الرجعي والبائن

المطلقة رجعياً هي زوجة ، فلا يحرم نظره إليها ولاوطؤه لها ، وقال الإمامية : إنه لايجوز لمن طلق رجعياً أن يخرج مطلقته هذه من بيته ، إلا أن تأتي بفاحشة ، (وهو مايجب به الحد) ، وقيل : له أن يخرجها إذا أتت بما يؤذي أهله ، ولاتخرج هي ، فإن اضطرت ، خرجت بعد انتصاف الليل وعادت قبل الفجر . ولا يلزم ذلك في البائن ، ولا المتوفى عنها زوجها ، بل تبيت كل واحدة منهما حيث شاءت ،فالطلاق الرجعي عند الإمامية مايصح معه الرجعة ، ولو لم يرجع . أما البائن فهو مالا يصح معه الرجعة [١] .

ثبوت النسب

ولو طلق زوجته ،فاعتدت وتزوجت غيره ، وأتت بولد لدون ستة أشهر فهو للأول ، ولو كان ستة فصاعداً فهو للأخير . ولو لم تتزوج ، فهو للأول ، ما لم يتجاوز أقصى الحمل .

الميراث

قال الإمامية : لايثبت بالمتعة ميراث بين الزوجين ، لكن بالنسبة للولد فإنه يرثهما ويرثانه [٢] . وقال الإمام المرتضى : يثبت بنكاح المتعة الميراث بين الزوجين ، ما لم يشترط السقوط . لكن لو شرط الميراث عند العقد لزم . ويفهم من ذلك أن النكاح الدائم يقع بسببه التوارث بين الزوجين ، وأن المطلقة رجعياً لذا مات عنها زوجها قبل انتهاء عدتها فلها الميراث من مطلقها .

---

(١) المختصر النافع للحلي ص ٢٠٢
(٢) « « « ص ١٨٢

المطلقة رجعياً تستحق النفقة . أما المطلقة بائنا فلا نفقة لها ، إلا إذا كانت حاملا ، فتثبت نفقتها فى الطلاق البائن ، فى هذه الحالة ، على الزوج حتى تضع .[1]

القانون

حكم القانون فى الكنايات ومايعتبر من الطلاق رجعياً أو بائناً

أولا — الكنايات

تعرض القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ فى مادته الرابعة لتعريف الكناية ، واشترط لوقوع الطلاق بألفاظ الكنايات أن ينوى المتلفظ بها الطلاق . ولم تعول المادة المذكورة فى إيقاع الطلاق بالكناية إلا على نية الطلاق بلفظ الكناية . أما لو ادعى المتلفظ بلفظ الكناية أنه لم يرد بها إيقاع الطلاق فلا يقع الطلاق. ولو كانت قرائن الحال تشهد بأن المراد من التلفظ بالكناية هو إيقاع الطلاق ، فلا عبرة بدلالة الحال أو القرينة ، ما دام لم ينو المتلفظ إيقاع الطلاق بلفظ الكناية . وحددت المادة سالفة الذكر المراد بالكناية ، فنصت على أن كناية الطلاق هى ما تحتمل الطلاق وغيره[2] . وحددت المذكرة التفسيرية للقانون أن المراد بالكناية هنا ما كان كناية فى مذهب أبى حنيفة .[3]

وتفريعاً على ماذكر :إذا أتى الرجل بلفظ كناية ، ثم ادعى أنه لم يرد به

(١) المختصر النافع للحلى ص ١٩٥

(٢) نص المادة الرابعة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية هو: « كنايات الطلاق ، وهى ما تحتمل الطلاق وغيره، ولايقع بها الطلاق إلا بالنية ».

إيقاع الطلاق فإنه يصدق فى ذلك ، ولا يقع عليه شىء ، وإن كانت القرائن والظروف تشهد بخلاف دعواه .

الطلاق الواقع بألفاظ الكناية

ونص القانون ٢٥ لسنة ٩٢٩ على أن ألفاظ الكناية جميعها إذا نوى بشىء منها الطلاق فلا يكون إلا رجعياً فى حكم ذلك القانون ، فقد نص فى المادة الخامسة منه على ما يأتى :

« كل طلاق يقع رجعياً إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال، وما نص على كونه بائناً فى هذا القانون ، والقانون نمرة ٢٥ سنة ١٩٢٠ » .

ونصت المذكرة التوضيحية للقانون على أنه قد أخذ فى بيان الطلاق البائن والرجعى بمذهبى مالك والشافعى إلا ما استثنى فى المادة الخامسة من المشروع . [1]

فالمشرع اعتبر أنه ما دام التطليق بألفاظ الكناية ليس مكملا للثلاث ، ولا واقعاً قبل الدخول ، ولا فى مقابلة مال من جهة الزوجة ، فلا يقع به إلا الرجعى .

والمشرع حينما أخذ ، بمذهب الإمامين مالك والشافعى ، فى أن كل طلاق يقع رجعيا إلا ما استثنى فى المادة المذكورة (الخامسة) ، قد وضح لديه أن آية الطلاق تكاد تكون صريحة فى أن الطلاق لا يكون الامرة بعد مرة ، ليكون لدى المطلق فرصة إرجاع زوجته إليه مرة أخرى بعد أن

---

(١) تراجع المذكرة التفسيرية للقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الصادرة عن مجلس الوزراء فى توضيح القانون سالف الذكر .

يرجع إلى نفسه ، ويدرك أن مصلحته فى العودة إليها ، دون حاجة إلى إجراء عقد زواج جديد قد يحول دونه طيش الزوجة ، وعدم تقديرها للعواقب؛ قال الله تعالى: « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا، ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف ، وللرجال عليهن درجة ، والله عزيز حكيم» فالرجل بعد الطلاق قد يندم على ما فرط منه ويدرك خطأه ، أو يشفق على مطلقته ، ويرجو لها صلاحا ، فأبيح له أن يراجعها ولو لم ترض بالرجعة ما دامت فى عدة الطلاق . فإن طلقها طلقة مكملة للثلاث لم يكن له حق الرجعة ؛ لأنه جرب نفسه مرتين معها فلا أمل فى أن يستقيم لهما أمر بعد الطلقة الثالثة ، التى تبين بها المرأة بينونة كبرى لا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره. وإذا طلقها قبل الدخول ، كان الطلاق بائنا ، قال الله تعالى : « يأيها الذين أمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا » . فليس له عليها عدة ، وليس له عليها رجعة إلا بعد زوج جديد .

والمراد بالدخول هنا : الدخول الحقيقى ، فإن مذهب الحنفية المطبق حاليا فى المحاكم الشرعية ، محاكم الأحوال الشخصية ، يفهم من أقوال فقهائه أن الخلوة الصحيحة تخالف الدخول فى الرجعة ، ويكون الطلاق بائنا بعد الخلوة وقبل الدخول الحقيقى .

الطلاق على مال .

واعتبر القانون الطلاق على مال طلاقا بائنا أخذا برأى الحنفية فى ذلك، فإذا اختلعت المرأة ، أو طلقها نظير المال وقع الطلاق بائنا .

واختلف عمل المحاكم فيما إذا أقر الزوج بطلاق نظير المال، وعجز عن إثبات الإبراء ، وحلفت الزوجة اليمين على أنها لم تبرىء زوجها . فبعض

المحاكم تعامل الزوج بإقراره ، وتثبت الطلاق بائنا ، وترفض دعوى الإبراء والبعض الآخر يحكم بالطلاق الرجعى .

وتستند المحاكم التى تحكم بالطلاق البائن إلى أن عدم ثبوت الإبراء لا يدل على أن الطلاق كان مجردا ، وإلى أن الزوج أقر بطلاق بائن فيعامل بإقراره شرعاً .

وهذا لا يتعارض مع نص القانون ، فإنه ذكر حكم إنشاء الطلاق وترك حكم الإقرار به فيرجع فيه إلى مذهب الحنفية ، والإقرار بالبائن فيه بائن إذ القاعدة العامة أن المقر يعامل بإقراره شرعا ، وقد أقر الزوج بطلاق بائن فيعامل به .

واستندت أحكام المحاكم التى ترى الرأى الثانى ، وهو إثبات وقوع الطلاق رجعيا ، إلى أن القانون منع الزوج من أن يطلق طلاقا بائنا إلا إذا كان الطلاق على مال ، أو قبل الدخول ، أو مكملا للثلاث ، والطلاق فى هذه الحالة طلاق مجرد بعد حكم القاضى برفض دعوى المال ، فلا محل لأن يكون بائنا ؛ لأنه لا يدخل تحت حالة من الحالات المستثناة ، ومادام لا يدخل تحت حالة منها فلا يصح كونه بائنا بل يجب أن يكون رجعيا ، ولا يقال : إن المشرع بين حكم الإنشاء ولم يبين حكم الإقرار ؛ لأن عبارة المادة تفيد حصر الطلاق الرجعى فيما عدا ما استثنى . على ان القانون منع الزوج من أن ينفرد بطلاق بائن مجرد من المال ، فلا يصح أن يباح له الطلاق البائن لمجرد دعوى أن الطلاق كان نظير المال .

والحق فى نظرى مع أصحاب الرأى الأخير ، وهو أن الطلاق فى هذه الحالة رجعى لا بائن . فالمشرع خالف الحنفية فى جعل كل طلاق رجعيا إلا ما استثنى ، فيجب الاقتصار عليه .

ما أحال إليه القانون .

وقد أحالت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، على أنه يعتبر فى حكم ذلك القانون طلاقا بائنا ما نص على أنه بائن فى قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ، وهو التفريق بسبب العيب الفاحش ؛ فقد نص القانون المذكور فى مادته التاسعة على أنه يجوز للقاضى أن يفرق بين الزوجين بسبب عيب الرجل، من: مثل الجنون، والجذام، والبرص، وغيرها ، مما أضيف إلى العيوب التى كان يفرق بسببها ، جريا على أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ، وهى عيوب الجب، والعنة ، والخصاء، وقد أعطى حق طلب التفريق للزوجة ، فقد نصت المادة المذكورة على الآتى :

مادة ٩ — للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون ، والجذام ، والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به أو حدث بعد العقد ، ولم ترض به ، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

ونصت المادة العاشرة من ذات القانون ، على أن الفرقة بالعيب طلاق بائن .

وقررت المادة الحادية عشرة أنه يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها .

كذلك أحالت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على ما نص على كونه بائنا فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ [1] وهو التفريق الذى

---

(١) نص المادة الخامسة من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ هو « كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال ، وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ »

يكون من القاضي بسبب ضرر الزوجة والشقاق بينها وبين زوجها ، وبسبب غيبة الزوج أو حبسه مدة طويلة . وتفصيل ذلك في القانون مايلي :

الشقاق بين الزوجين
والتطليق للضرر

القانون :

نصت المادة رقم ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على الآتي :

مادة ٦ – إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما . فإذا رفض الطلب، ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر ، بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين في المواد (٧ ، ٨ ، ٩ ، ١٠ ، ١١) .

وقد نظر المشرع إلى ما كثر حدوثه بين الأزواج مما أثار الضجة فقد وجد أنه كثيراً ما يحصل الشقاق بين الزوجين ، وتترك الزوجة بيت زوجها ، وتلجأ إلى الحاكم تطالبه بنفقة ، ولا قصد لها إلا الكيد له ، ويرفع عليها زوجها دعوى الطاعة ، ولا غرض له إلا إسقاط نفقتها ، والحكم بنشوزها ، وتستمر القضايا بينهما طويلا ، بين قضايا نفقة ، وطاعة ، ونشوز ، وحبس ، وإشكالات في تنفيذ الضم . وكلما زاد الطرفان في الخصومة ، اتسعت هوة الخلاف بينهما بحيث يستحيل عليهما في كثير من الحالات أن يعودا إلى المعاشرة . ولما كان القضاء في مصر هو على أرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة ، وليس في مذهب أبي حنيفة حل لمثل هذه الحالة ، إذ لا يجوز فيه التفريق بسبب الضرر . بينما مذهب الإمام مالك رضي الله عنه فيه المخرج من هذا الضيق ومن [illegible] إليه ، وأخذ منه أحكام التطليق

للضرر وقد نصت المذكرة الإيضاحية للقانون على أن هذا هو السبب الحقيق الذى حدا بالمشرع إلى ترك العمل بمذهب أبى حنيفة فى هذا الباب فقالت .

(إن الشقاق بين الزوجين مجلبة لاضرار كثيرة لا يقتصر أثرها على الزوجين بل يتعداهما إلى ما خلق الله بينهما من ذرية ، وإلى كل من له بهما علاقة قرابة أو مصاهرة، وليس فى أحكام مذهب أبى حنيفة ما يمكن الزوجة من التخلص، ولا ما يرجع الزوج عن غيه ؛ فيحتال كل إلى إيذاء الآخر قصد الانتقام . . . وقد تبينت الوزارة آثار هذا الشقاق بين الزوجين وما قد يؤدى إليه إستمراره من الجرائم والاثام . . تبينت الوزارة هذه الآثار واضحة جليه بما تقدم إليها من الشكايات ، فرأت أن المصلحة داعية إلى الأخذ بمذهب الإمام مالك فى أحكام الشقاق بين الزوجين، عدا الحالة التى يتبين للحكمين أن الإساءة من الزوجة دون الزوج . فلا يكون ذلك داعياً لإغراء الزوجة المشاكسة على فصم عرى الزوجية بلا مبرر[1])

توضيح للمادة السادسة

ومن نظرة فاحصة للمادة السادسة سالفة الذكر نرى أنه لابد من إثبات إضرار الزوج بزوجته بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما . وتقدير ذلك متروك للقاضى . فهو الذى يقدر الضرر وهل هذا الضرر الذى ثبت ضرر لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال هذين الزوجين؛ فالضرر يختلف باختلاف الزوجين، فالزوجة المتعلمة الغنية تتضرر بما لا تتضرر به الجاهلة الفقيرة، ومن ثم فليس أمام القاضى إلا أن يبحث كل حالة ويقدر ظروف كل خلاف، فإذا خرج من البحث إلى أن ما ثبت من الضرر لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال هذين الزوجين حكم بالطلاق البائن .

---

(١) تراجع المذكرة الأيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

والمراد من تكرار الشكوى المنصوص عليه فى المادة المذكورة هو أن يستمر الخلاف بين الزوجين ويصر الزوج على الإضرار بزوجته أو يمعن فى الضرر فيسيء إليها إساءات جديدة بعد رفض دعوى الطلاق .

وليس فى عبارة المادة ما يقتضى ضرورة ادعاء حدوث ضرر جديد بعد رفض دعوى الطلاق ، بل يكفى أن يستمر الخلاف بين الزوجين ، وتتكرر الشكوى من الزوجة مدعية أن الزوج لا يزال مصراً على الإضرار بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما .

الطلاق للضرر قبل الدخول .

لا يوجد فى نص المادة السادسة الخاصة بالطلاق للضرر ما يمنع الزوجة من رفع دعوى ضد زوجها الذى لم يدخل بها تطلب فيها من القاضى أن يطلقها طلاقاً بائناً لإضراره بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، فإن الخلاف قد يحدث قبل الزفاف ، وقد يمعن الزوج فى الإضرار بزوجته بالقول وبغيره قبل دخوله بها ومعاشرته لها ويصر على هذا الضرر ، الأمر الذى لا تستطيع الحياة الزوجية معه أن تستمر . وربما كانت المصلحة فى التفريق بين الزوجين فى هذه الحالة قبل أن يرزقا بأولاد .

مهمة القاضى

والقاضى ـ وقد كل والمشرع إليه تقدير الضرر ، وهل هو من الأمور التى لا يمكن معه أن يعيش الزوجان معاً ـ عليه أن يعرف أسباب هذا الضرر والدافع إليه ، ونفسية الزوجين ، وأن يضع فى التقدير أن كثيرا من أسباب سوء التفاهم بين الزوجين المتباعدين اللذين لم يزفا إلى بعضهما بعد ، قد يرجع إلى وسطاء السوء ، وأن الزوجين قد يتفاهمان وتزول من بينهما أسباب الخلاف إذا تقابلا ، وبعد كل منهما عن الوسط الذى يعيش فيه ؛ فعلى القاضى أن

يبذل وسعه فى الإصلاح بينهما . ولا يجوز له الحكم بالطلاق إلا إذا عجز عن الإصلاح بين الزوجين .

عجز الزوجة عن إثبات الضرر

وأبانت المادة السادسة حالةما إذا لم يثبت الضرر المدعى حدوثه فأوجبت على القاضى أن يحكم برفض دعوى الطلاق فى المرة الأولى ، لعل الزوجة ترجع عن شكواها وتعود إلى معاشرة زوجها . وأما إذا لم يثبت الضرر فى الشكوى الثانية فلا ترفض دعواها بل يرسل القاضى حكمين يتعرفان أسباب الخلاف ويحاولان التوفيق بين الطرفين .

مهمة الحكمين وشروط صلاحيتهما

ونصت المادة السابعة من القانون رقم ٢٥ لسنه ٩٢٩ على أنه يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ، إن أمكن ، وإلا فمن غيرهم ، ممن له خبرة بحالهما وقدرة على الإصلاح بينهما ، فلا يجوز أن يكون أحد الحكمين امرأة أوأكثر . والمراد بالعدالة المطلوبة فى الحكمين هو اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر مع كون صلاح الرجل أكثر من فساده وصوابه أكبر من خطئه . واشتراط [illegible]ن الحكمين من أهل الزوجين ، إن أمكن ، إنما هو لرجاء أن يكون للـ[illegible]ر على قبول ما ينصحان به الزوجين ، وأن يكون قولهما صادرا عن رغبة حقيقية فى إصلاح حالهما ، سواء أ كان هذا الإصلاح عن طريق الصا[illegible]ما أم بإبداء الرأى بالموافقة على التفريق بينهما ، فإذا لم يمكن اختيار حكمين من أقرباء الزوجين لأى سبب من الأسباب جاز اختيار الحكمين من غير الاقارب بشرط أن يكون لهما خبرة بحال الزوجين ، وقدرة على الاصلاح بينهما ، حتى يمكن الاستفادة من تحكيمهما .

وقد أبانت المادة الثامنة مهمة الحكمين وهى، كما قلنا، مهمة شاقة تحتاج إلى خبرة وأهلية، فقررت أن على أن الحكمين أن يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ويبذلا جهدهما فى الاصلاح، فإن أمكن على طريقة معينة، قرراها.

سماع أقوال الزوجين

ومن نص المادة الثامنة يفهم أن على الحكمين، لكى يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين، أن يسمعا أقوالهما وأقوال جيرانهما وأقاربهما وكل من يمكن الاستفادة من سماع أقواله فى التعرف على أسباب النزاع الحقيقية بينهما، كما أن بذل الجهد فى الاصلاح بين الزوجين، الذى نصت عليه المادة سالفة الذكر، يحتاج إلى عقد اجتماعات خاصة، تضم الأهل والأقارب، وتعرض فيه جميع أسباب الخلاف. والحلول الممكنة لإصلاح الطرفين، فإن أمكن على طريقة معينة قرراها، وحررا محضرا بينا فيه اتفاق الطرفين على طريقة معينة لحسم النزاع بينهما، وأرسلا هذا المحضر الموقع عليه. منهما ومن طرفى النزاع، إلى القاضى ليقدر مايريانه.

رأى الحكمين ملزم

ورأى الحكمين ملزم للقاضى وعليه أن يحكم بمقتضاه وقد نصت المادة الحادية عشرة من القانون ٢٥ لسنة ٩٢٩ على ذلك، اذ فيها أن على الحكمين أن يرفعا إلى القاضى مايقررانه، وعلى القاضى أن يحكم بمقتضاه.

وهذا واضح فيما إذا توصلا إلى طريقة يمكن بها الاصلاح بين الزوجين لكن إذا عجز الحكمان أو اختلفا، فما هو الحكم الواجب إصداره فى الدعوى؟ وضحت ذلك المادتان التاسعة والعاشرة من القانون حسب البيان التالى:

مادة ٩ - إذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وكانت الاساءة من الزوج أو منهما أو جهل الحال، قررا التفريق بطلقة بائنة.

فالمادة صريحة فى أنه إذا عرف الحكمان أسباب الشقاق بين الزوجين وحاولا الإصلاح بينهما وعجزا عنه فلا يخلو الحال من أن يكون قد تبين لهما أن الاساءة من الزوج أو من الزوجة أو منهما ، أو أنهما لم يستطيعامعرفة المسيء إن كانت الزوجة أو الزوج؛ ففى جميع الأحوال، عدا الحالة التى يظهر فيها أن الإساءة من الزوجة وحدها، يقرر الحكمان التفريق بطلقة بائنة ويطلبان الحكم بذلك من القاضى .

اما فى حالة ما إذا كانت الإساءة من الزوجة فإنهما يرسلان المحضر الذى جمعا فيه كل معلوماتهما عن النزاع . ويضمنانه رأيهما بأن الإساءة من الزوجة والقاضى يقرر رفض دعوى الطلاق فى هذه الحالة .

إذا اختلف الحكمان

اما المادة العاشرة فنصت على أنه إذا اختلف الحكمان ، أمرهما القاضى بمعاودة البحث ؛ فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما . وتوضيح ذلك أنه لو اختلف الحكمان فى الرأى فرأى أحدهما أن الإساءة مما تستوجب التفريق طبقا لهذا القانون بأن رأى الإساءة من الزوج أو من الزوجين أو أنه قد جهل الحال له . ورأى الآخر أن الإساءة من الزوجة فلا موجب للتفريق ففى هذه هذه الحالة يرفعان أمرهما إلى القاضى . ولم يبين القانون كيفية رفع الأمر إلى القاضى ، هل يكتب كل منهما للقاضى برأيه منفرداً عن الآخر ، أو يحرران محضرا موقعا عليه منهما يتضمن رأى كل منهما منسوبا إليه مع عدم موافقته على رأى زميله ؟

وفى رأيى أن الطريقة الثانية أولى بالاتباع . ونصت المادة على أنه متى علم القاضى أن الحكمين لم يتفقا فعليه أن يأمرهما بمعاودة البحث لعلهما يصلان إلى الاتفاق ، فإن استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما .

والقانون قد سكت عن الحكم فيما إذا شجر الخلاف بين الحكمين الآخرين . والظاهر أنه يتبع معهما ما اتبع مع الحكمين السابقين عليهما ، فلا يستطيع القاضى إلا أن يأمرهما أيضا بمعاودة البحث ، فإذا استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما وهكذا .

نقد القانون

والحل الذى وضعه القانون للخلاف بين الزوجين بالطريقة المذكورة فى المادة العاشرة حل غير مجد ؛ لإننا إذا عرفنا أن الحكمين يختاران من أهل الزوجين إن أمكن ، ويكون احدهما من أهل الزوج ، والآخر من أهل الزوجة ، وأن طبيعة النفس الميل إلى مساعدة من تربطه به رابطة القرابة أو المصلحة ، أمكننا ان نتصور أن الخلاف بين الحكمين راجع ، فى الحقيقة ، إلى نظر كل واحد منهما فى مساعدة قريبه ، والعمل على تحقيق مصلحته ، دون نظر إلى الحق فى ذاته ، على أن نظر كل واحد منهما إلى الخلاف يختلف عن نظر الآخر إليه لطبيعة الروح التى تشبع بها والجو الذى يعيش فيه ، فيغلب ، مع اختلاف نفسية كل منهما ، ألا يتفقا على أمر ولهذا كثر اختلاف الحكمين .

والحل الذى ذكره القانون ، فى هذه الحالة ، هو أن يطالب القاضى من الحكمين معاودة البحث فإن استمر خلافهما استبدل بهما غيرهما لا يفيد ، لأن ما صادف من سبقهما قد يصادفهما فلا نكون قد جنينا غير طول الزمن ، والتمادى فى النزاع ، وتطويل أمد التقاضى . ولو أنه أعطى للقاضى سلطة ترجيح رأى أحد الحكمين والأخذ به بعد أن يستنفد جهده فى محاولة التوفيق بينهما وأمرهما بمعاودة البحث ، لكان هذا خيرا من إرسال حكمين آخرين . كذلك لو أباح القانون للقاضى فى حالة اختلاف الحكمين أن يرسل حكما ثالثا ينضم إليهما بشرط أن يكون من غير أهل الزوجين ليقرر الثلاثة

ما يرونه ، إما بالإجماع أو بالأغلبية ، والقاضي يحكم بمقتضى التقرير المرسل منهم إليه لكان هذا أيضا أجدى من الطريقة التي عالج بها القانون حالة اختلاف الحكمين ، وبالتالي عالج بها مشكلة طلب التطليق للضرر . فإن صعوبة إثبات الضرر وإقناع القاضي بأنه لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها وعدم الوصول إلى نتيجة من إرسال الحكمين لما ذكرناه قد جعل الزوجات يحجمن عن رفع دعاوى التطليق للضرر وجعل الفائدة من إباحة التطليق في هذه الحالة غير ظاهرة .

إذا لم يقتنع القاضي بتقرير الحكمين

نص المادة الحادية عشر صريح في أن القاضي يتبع رأي الحكمين وأنه ليس له حق عدم تقريره إذا لم يقتنع به ، بخلاف الخبير الذي ينتدب لأية مأمورية ، فإن للقاضي أن يبحث في تقريره ، ويأخذ به إذا اقتنع بصحته . وذلك لأن الحكمين ، في هذه الحالة ، كالقاضي فمتى اتفقا على أمر وجب على القاضي تقريره . ولذلك فالقاضي يحكم بمقتضى تقرير الحكمين ؛ إما بتطليق الزوجة طلقة بائنة — إذا رأى الحكمان ذلك - أو برفض الدعوى إذا كان هو رأي الحكمين . وقد احتج مالك رضي الله عنه على أن للحكمين أن يقررا التفريق إن وجدا فيه صلاحا بقوله تعالى : «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا» . وهناك رأي لغير المالكية يفيد أنه لا يجوز للحكمين التقرير بالتفريق بين الزوجين إلا بإذن الزوجين أنفسهما .

تطبيق المحاكم للقانون

هذا وقد طبقت المحاكم الشرعية القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية فيما يختص بالطلاق للضرر بمرونة ، وأخذ القضاة بروح المشرع ، فتوسعوا في فهم الضرر ، وضربوا أمثلة عديدة له في أحكامهم بما يتفق ومقصد الشارع من هذا التشريع . ونثبت هنا ، على سبيل المثال ، بعض

أحكام صدرت سنة ١٩٦٨ من دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية للولاية على النفس فى موضوع الطلاق للضرر ومنها يطلع القارىء على طريقة فهم القضاء لروح المشرع ومقاصده .

بسم الله الرحمن الرحيم

محكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية
للولاية على النفس

الدائرة ٢٥ كلى

بالجلسة المنعقدة علنا بسراى المحكمة فى يوم الإثنين الموافق ٦/٥/١٩٦٨

برئاسة السيد الأستاذ إبراهيم المتولى سعده رئيس المحكمة

وعضوية الأستاذين على مرزوق رئيس المحكمة وعدالوهاب عفيفى القاضى

وبحضور الأستاذ محمد عبد الله محمدين وكيل النيابة

وحضور محب غزى سكرتير الجلسة

صدر الحكم الآتى :

فى القضية رقم ١١٧٩ لسنه ١٩٦٧ كلى أحوال شخصية القاهرة

المرفوعة من / وداد أحمد على الشريف

ضـــد

سيد محمد عثمان بشأن طلاق

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، وسماع المرافعة الشفوية ، وإبداء النيابة رأيها والمداولة قانونا .

وبما أن المدعية إقامت هذه الدعوى بصحيفتها المعلنة فى يومى ٣ / ١٢ ،

و١٩٦٧/١٢/٢٨ قالت فيها: إن المدعية زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعي، ودخل بها، وعاشرها معاشرة الأزواج، ولا تزال على عصمته وطاعته للآن، والمدعى عليه قد أساء معاشرتها أبلغ إساءة، من الاعتداء عليها، والإهانة، مما لا يمكن معه دوام العشرة بين أمثالها، لأنه مجرم خطر مما أدى إلى اعتقاله مرارا وتكرارا، وآخر مرة في الاعتقال مضى عليه فيها أكثر من سنتين، وهي شابة في مقتبل عمرها، وتخشى على نفسها بعده وقربه إليها، لأنه خطر عليها وعلى المجتمع، وقد سألته الطلاق بالطرق الودية فلم يمتثل ورفض، مما يدل على تعنته. وبقاؤها على هذه الحالة يضر بالمدعية أكبر ضرر. ولهذا أقامت المدعية هذه الدعوى تطلب الحكم لها على زوجها بطلاقها منه طلقة بائنة لسببين، أولها: سوء أخلاقه معها في المعاشرة، وثانيها: وجوده في المعتقل أكثر من سنتين ولا تعلم مدى هذا الاعتقال، مع إلزامه المصاريف، ومقابل أتعاب المحاماة. وقدمت المدعية لتأييد الدعوى صورة طبق الأصل من وثيقة زواج ثابت بها أن المدعى عليه تزوج المدعية في ١٩٥٩/١٢/١٩ على صداق قدرة ١٣ جنيها وبما أن المحكمة سبق أن قضت في ١٩٦٨/١/٢٢ غيابيا وقبل الفصل في الموضوع بإحالة الدعوى إلى التحقيق، لتثبت المدعية بكافة طرق الإثبات القانونية، ومن بينها البينة، أن زوجها، المدعى عليه، قد دخل بها، وعاشرها معاشرة الأزواج، ولازالت في عصمته وطاعته إلى الآن، وأنه دائم الاساءة إليها والاضرار بها، بما لا يستطاع معه دوام العشرة بينهما، وكثيرا ما يعتقل لخطورته على الأمن العام، ويمكث في المعتقلات فترات تزيد على السنة، وأنها تتضرر من، ذلك إذ أنها شابة وتخشى على نفسها الفتنة — ولينفى المدعى عليه ذلك بذات الطرق.

وبما أنه بجلسة التحقيق أشهدت المدعية كلا من محمد توفيق عباس ومحمد جلال الدين على أحمد، وبسؤال الأول قرر أن المدعى عليه زوج للمدعية،

من حوالى ثمانى سنوات ، ودخل عليها ، وعاشرها ، ولازالت فى عصمته وطاعته للآن ، وقد اعتقل أكثر من مرة لخطورته على الأمن العام ، إذ أنه نشال ، وله شهرة فى الإجرام ، وصدرت ضده عدة أحكام ، ويمكث فى الاعتقال ، فى بعض الأحوال ، ثلاث سنوات ، ومدة عشرته للمدعية ، خلال فترة الزواج ، لم تزد على شهرين أو ثلاثة ، فغيابه عنهـــا فى فترات الاعتقال يعتبر هجرا . لأنها شابة تتضرر من ذلك ، وفى فترة وجوده معها يسىء معاملتها ، فيعتدى عليها ، لأنه سكير ، ويلعب القمار ، وفى إحدى المرات اعتدى عليها بمطواة فى زراعها ، ومازالت أثر الضربة بها إلى الآن . وقد سمع أنه هددها بالقتل والتشويه . وبسؤال الشاهد الثانى ذكر أقوالا لاتخرج ، فى مضمونها ، عن مجمل ماذكره الشاهد الأول ، وأضاف أن سبب اعتداء المدعى عليه على المدعية بالمطواة كان على أثر رغبته فى بيع آنية نحاسية كبيرة لها ، ورفضها هى ذلك .

وبمـا أن المدعى عليه حضر بعد ذلك بالجلسة فعرضت المحكمة الصلح على الطرفين فقبل المدعى عليه ورفضت المدعية الدخول فى تجربة أخرى .

وبمـا أن المدعية ، بعد هذا ، طلبت القضاء بالتطليق .

وبمـا أن النيابة العامة ممثلة فى شخص وكيلها الأستاذ محمد سلامه قدمت مذكرة شرحت فيها الدعوى وانتهت إلى أنها ترى تطليق المدعية من المدعى عليه طلاقا بائنا .

وبمـا أن المحكمة حجزت الدعوى للحكم بجلسة اليوم . وبمـا أن المادة السادسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالها يجوز لها أن تطالب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنه إذا ثبت الضرر ، وعجز عن الإصلاح بينهما . ويرى المالكية أن ثبوت الضرر يكون بالبينة

ويكفى فى البينة مجرد السماع الشائع بين الرجال والنساء فى أن الزوج يضار زوجته . ولا يشترط أن تكون البينة على علم تام بالضرر الذى حدث بين الزوجين. ويكفى أن يقال : سمعنا سماعا فاشيا مستفيضا على ألسنة النساء والخدم والجيران . وقد استقر الفقه والقضاء على أن ضرر الزوج لزوجته أمر تقديرى يقدره القاضى بحسب مايرى من منزلة الزوجين ؛ وما يكون بين أمثالهما . وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد : إن النص فى المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية ينص على أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة يجوز لها أن تطلب التطليق — ويجيز التطليق . وهو معيار شخصى لا مادى وأساس الطلاق للضرر أن من الحقوق المشتركة بين الزوجين أن يحسن كل واحد منهما معاشرة الآخر، ويحاول جهد طاقته أن يدفع الضرر عنه لتهنأ الحياة الزوجية بينهما ؛ لقوله تعالى «ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف » لأن قيام كل واحد منهما بحقوق الآخر قياما صحيحا . يؤدى إلى الدوام والبقاء . وقد روى عن النبى ﷺ أنه قال فى حجة الوداع : « إن لكم من نسائكم حقا وان لنسائكم عليكم حقا » والزوجة إذا أدعت أن زوجها يضربها ، أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها ، ولا يستطاع معها دوام العشرة، أو يتصل شتمه لها من غير حق ، أو يأخذ مالها ، وأثبتت الزوجة ذلك ، ولو مرة واحدة ، طلقها القاضى من زوجها طلقة بائنة (مجموعة الأحكام الصادرة من الدائرة الأولى المدنية — دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض: السنة الثالثة عشرة، العدد الثانى ص ٦٩٧، قاعدة ١٠٨، طعن رقم ١٦ لسنة ٣٥ ق أحوال شخصية جلسة ١٩٦٧/٣/٢٩) .

وبما أنه بإنزال حكم هذه القواعد على واقعة الدعوى يبين أنه قد ثبت للمحكمة من أقوال شاهدى الإثبات أن المدعى عليه زوج للمدعية يلحق بها

الضرر الكثير بإساءة العشرة والمعاملة والاعتداء الجسيم بآلة حادة عليها بسبب محاولتها منعه من بيع منقولاتها لقضاء أغراضه، التي تنم عن سوء السلوك، كما أنه يلحقها الضرر من قضاء معظم أوقاته في المعتقلات والسجن لخطورته على الأمن العام؛ فزواج على هذا الوجه لاخير في التمسك به بأمل إنشاء حياة زوجية موفقة. والخير في وضع حد لمثل هذا الزواج. وعلى هذا طالما أنه قد ثبت للمحكمة الضرر الذي لا يمكن أن تحتمله طبيعة المدعية، وقد حاولت المحكمة الإصلاح بين الطرفين ولكنها لم توفق لعدم رغبة الزوجة الدخول في تجربة أخرى. ولذلك تكون شروط المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ قد توافرت، ويكون طلب التطليق في محله وتقضي به المحكمة بائنا.

وبما أنه عن المصاريف فيلزم بها المدعى عليه، إذا خسر الدعوى عملا بنص المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ سنة ١٩٣١ وتدخل في ذلك أتعاب المحاماة.

وحيث أنه عن النفاذ المعجل فلا محل له إذ الدعوى ليست من حالاته.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة حضوريا بتطليق المدعية وداد أحمد علي الشريف من زوجها المدعى عليه سيد محمد عثمان طلقة أولى بائنة. وألزمت المدعى عليه المصاريف وخمسين قرشا مقابل أتعاب المحاماة؟

رئيس المحكمة

إمضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم الأمة

محكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية

للولاية على النفس

الدائرة ٢٥ كلى

بالجلسة المنعقدة علنا بسراى المحكمة فى يوم الإثنين الموافق ١٥/٤/١٩٦٨

برياسة الأستاذ على مرزوق رئيس المحكمة

وعضوية الأستاذ محمد عبد الله محمدين وكيل النيابة

وحضور محب غزى سكرتير الجلسة

صدور الحكم الآتى :

فى القضية رقم ١١٨٣ لسنة ١٩٦٧ كلى أحوال شخصية القاهرة

المرفوعة من أنعام على أبو إسماعيل

ضـــد

محمد مصطفى عمر بشأن طلاق

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع المرافعة الشفوية، وإبداء النيابة رأيها، فى الدعوى والمداولة قانوناً. وبما أن المدعى عليه أعلن ولم يحضر، فيجوز الحكم فى غيبته، عملا بنص المادة ٢٨٣ من الرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١

وبما أن المدعية أقامت هذه الدعوى بصحيفتها المعلنة فى ٢٤/١٢/١٩٦٧ قالت فيها : إن المدعية زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى الموثق

فى ١٩٦١/١٠/٤ ، ودخل بها ، وعاشرها معاشرة الأزواج ، ولاتزال على عصمته وفى طاعته حتى الآن. غير أنه تنكر لها أخيراً، وأخذ يسىء معاملتها، ويكثر من التعدى عليها بالسب والضرب والإيذاء حتى انتهى به الأمر، أخيراً، إلى اتهامها فى عرضها وشرفها ، ولم ينته الأمر به عند هذا الحد، بل فوجئت به فى شهر سبتمبر سنة ١٩٦٧ يحاول قتلها بأن طعنها بسكين حادة عدة طعنات كادت تودى بحياتها ، لولا لطف الله ورحمته ، التى تداركت المدعية فكتبت لها الحياة ، وقد قبض على المدعى عليه، واتهمته النيابة العامة فى قضية الجناية رقم ٩٧٥٢ لسنة ١٩٦٧ جنايات المطرية بالشروع فى قتل المدعية ، ولا يزال التحقيق جارياً فى هذه الجناية، مستمراً حتى اليوم . وقد حبس المدعى عليه على ذمة هذه الجناية أكثر من شهر، ثم أفرج عنه السيد قاضى المعارضات لحين الانتهاء من التحقيقات فى تلك الجناية، ونظراً لأن دوام العشرة واستمرارها بين المدعية والمدعى عليه مستحيلة بعد أن اتهمها فى عرضها ، وبعد أن شرع فى قتلها، فإن المدعية تتضرر من استمرار العشرة بينهما وتطلب سماع المدعى عليه الحكم بتطليق المدعية من المدعى عليه طلقة أولى بائنة للضرر مع إلزامه المصاريف شاملة مقابل أتعاب المحاماة بحكم مشمول بالنفاذ، طليقاً من قيد الكفالة . وقدمت المدعية لتأييد الدعوى صورة طبق الأصل من وثيقة عقد زواج المدعى عليه بالمدعية فى ١٩٦١/١٠/٤ . وبما أن المحكمة سبق أن قضت فى ١٩٦٨/١/٨ غيابياً وقبل الفصل فى الموضوع بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية ، بكافة طرق الإثبات القانونية، ومن بينها البينة ، أنها ، وهى زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى، وفى طاعته وعصمته، اعتاد الاعتداء عليها بالضرب وتوجيه عبارات وألفاظ السباب والإساءة إليها فى العشرة ، وأن الحال أصبح لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما- ولينفى المدعى عليه ذلك بذات الطرق .

وبما أنه بجلسة التحقيق أشهدت المدعية كلا من ، على حنفى ، وإبراهيم السيد

خليل — وبسؤال الأول قرر أنه يسكن بجوار منزل الزوجية وأنه يشهد بأن المدعى عليه تزوج المدعية ودخل بها وعاشرها معاشرة الأزواج، وفى خلال السنتين الأخيرتين لاحظ أنه دائما يعتدى عليها بالضرب والسب والشتم، ويتهمها فى عرضها، ومن حوالى خمسة أشهر ضربها بسكين ونقلت إلى المستشفى ومكثت به تعالج حوالى شهر وبسؤال الشاهد الثانى ردد الأقوال التى ذكرها الشاهد الأول وأضاف إليها أنه حضر شجاراً سابقاً على الاعتداء بالسكين شاهد فيه المدعى عليه وهو يمسك برقبة المدعية، ويضمها على جهاز البوتاجاز، وقد هرب المدعى عليه بعد حادث الاعتداء بالسكين، ودائماً يسأل عنه رجال المباحث.

وبما أن المدعية بعد ذلك طلبت الحكم لها عليه بالتطليق، وبما أن المدعى عليه لم يحضر، ومن ثم لم توفق المحكمة إلى عرض الصلح على الطرفين. وبما أن النيابة العامة ممثلة فى شخص وكيلها الأستاذ حسن محمد منسى قدمت مذكرة شرحت فيها الدعوى وقالت إن ما أثاره المدعى عليه من اعتداء على المدعية قد وصل حداً من الضرر لا يمكن احتماله. ولهذا فالنيابة ترى الحكم بتطليق المدعية من زوجها المدعى عليه طلقة بائنة وإلزامه المصاريف. وبما أن المحكمة حجزت الدعوى للحكم لجلسة اليوم.

وبما أن المادة السادسة من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز أن تطلب من القاضى التفريق، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، ومعنى ذلك أنه إذا ادعت الزوجة أن زوجها يضربها، أو يعاملها معاملة لا تليق بأمثالها، ولا يستطاع معها دوام العشرة، أو يقطع كلامه عنها، أو يحول وجهه عنها، او يؤثر امرأة عليها فى الكلام، او يمنعها من زيارة والديها، أو يتصل شتمه لها من غير حق، أو يأخذ مالها، وطلبت التفريق بينها وبين زوجها لهذا الضرر، فان أثبتت

الضرر طلقها القاضى منزوجها طلقة بائنة. ويرى المالكية أن ثبوت الضرر يكون بالبينة ويكفى فى البينة مجرد السماع الشائع بين الرجال والنساء فى أن الزوج يضار زوجته ، ولا يشترطون أن تكون البينة على علم تام بالضرر الذى حدث بين الزوجين . ويكفى أن يقال : سمعنا سماعا فاشياً مستفيضاً على ألسنة النساء والخدم والجيران . وتقول محكمة النقض فى هذا الصدد : إن الشارع اشترط للقضاء بالتطليق ثبوت الضرر بما لا يستطاع معه دام العشرة وعجز القاضى عن الإصلاح بين الزوجين ، وتقول فى حكم آخر : إنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت الضرر الحاصل من الضرب، والإيذاء والهجر فإنه لا يكون قد خالف القانون فى تطبيقه المادة السادسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التى تنص على أن الطلاق لإضرار الزوج بزوجته يكون بطلقة بائنة (الطلاق فى الشريعة الإسلامية والقانون للدكتور أحمد الغندور الطبعة الأولى أغسطس سنة ١٩٦٧ ص ١٣٥ شرح الحطاب الجزء الرابع ص٣٣، مجموعة أحكام النقض الصادرة من الدائرة المدنية السنة الثالثة عشرة العدد الثانى طعن رقم ٢٨ لسنة ٢٩ أحوال شخصية ص ٤٨٢ قاعدة ٧٣ جلسة ١٩٦٢/٤/١٨ ، والسنة الرابعة عشرة العدد الثانى طعن رقم ٤ لسنة ٣٢ أحوال شخصية ص٥١٠، (قاعدة ٧٣ جلسة ١٩٦٣/٤/١٠)

وبما أن المحكمة تستظهر من أوراق الدعوى ومستنداتها والتحقيق الذى أجرى بها أن المدعى عليه دائم الاعتداء بالضرب والسب والشتم على زوجته المدعية ، وقد ثبت من أقوال شاهدى الإثبات أنه اعتدى عليها بالسكين، ونقلت للمستشفى للعلاج ، وكثيراً ما يوجه إليها ألفاظ الإهانة والسباب، الأمر الذى ترى معه المحكمة أن عناصر المادة السادسة قد توافرت فى الدعوى ويكون طلب التطليق محل رعاية المحكمة وتقضى به بائنا .

وبما أنه عن المصاريف فيلزم بها المدعى العام إذا خسر الدعوى، عملا

بنص المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ ويدخل فى ذلك الأتعاب .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة غيابيا بتطليق المدعية أنعام على إسماعيل من زوجها المدعى عليه محمد مصطفى عمر طلقة بائنة وألزمت المدعى عليه بالمصاريف ومائة قرش أتعاب محاماة ورفضت طلب النفاذ ؟

رئيس المحكمة
إمضاء

صدر هذا الحكم وتلى علنا بجلسة ١٥/٤/١٩٦٨ بالقضية المذكورة وسمع المرافعة ووقع على أسبابه كل من الأستاذ متولى سعده رئيس المحكمة وعضوية الأستاذين على مرزوق رئيس المحكمة وعبد الوهاب عفيفى القاضى ؟

رئيس المحكمة
إمضاء

التطليق لغيبة الزوج أو حبسه

أوضح القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ — الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية — الأحوال التى يجوز فيها للزوجة أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا. وقد خالف هذا القانون فى ذلك بعض مانص عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ وذلك فى المواد (١٢ ، ١٣ ، ١٤) حسب التفصيل الآتى :

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

مادة — ١٢ — إذا غاب الزوج سنة ، فأكثر ، بلا عذر مقبول جاز لزوجته أن تطلب إلى القاضى تطليقها بائنا ، إذا تضررت من بعده عنها، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

شرح القانون

نص المادة السابقة يبيح للزوجة، إذا غاب عنها زوجها، سنة، فأكثر، بلا عذر

مقبول أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائنا إذا تضررت من بعده عنها، سواء كان له مال تستطيع الإنفاق منه، أو ليس له مال. إما الغياب لطلب العلم أو للتجارة، أو انقطاع المواصلات؛ فإن الغياب في هذه الأحوال وأمثالها فهو غياب بعذر مقبول ومن ثم فلا بد من تحقق ما يأتي :

١ — الغيبة سنة فأكثر، وذلك بالإقامة في بلد آخر خلاف بلد الزوجة، فلا طلاق إذا كان الغياب لم يستمر سنة كاملة، وكذلك إذا كان غياب الزوج عن زوجته سنة فأكثر مع إقامتهما في بلدة واحدة.

٢ — أن يكون الغياب بغير عذر مقبول.

٣ — أن تتضرر الزوجة من بعد زوجها عنها ... فإذا ثبت من شهودها أو شهوده أنها غير متضررة من بعده عنها لم يحكم بطلاقها.

وهذا الحكم مأخوذ من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه وقد شرحت المذكرة التوضيحية للقانون وجهة الأخذ به فقالت :

« كذلك قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة بلا عذر مقبول (كطلب العلم، أو التجارة، أو لانقطاع المواصلات) ثم هو لا يحمل زوجته إليه. ولا هو يطلقها لتتخذ لها زوجا غيره. ومقام الزوجة على هذا الحال زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف، أمر لا تحتمله الطبيعة في الأعم الأغلب، وإن ترك لها الزوج ما تستطيع الإنفاق منه وقد يقترف الزوج من الجرائم ما يستحق عقوبة السجن الطويل فتقع زوجته في مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب. وليس في أحكام مذهب أبي حنيفة ما تعالج به هذه الحالة ومعالجتها واجب اجتماعي محتم، ومذهب الإمام مالك يجيز التطليق على الغائب الذي يترك لزوجته ما تنفق منه على نفسها إذا طالت غيبته سنة فأكثر وتضررت الزوجة من بعده عنها ... »

إعذار القاضي للزوج

مادة ١٣ — إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب ضرب له القاضي

أجلا ، وأعذر إليه بأنه يطلقها عليه إن لم يحضر للإقامة معها ، أو ينقلها إليه، أو يطلقها . فإذا انقضى الأجل ، ولم يفعل ، ولم يبد عذرا مقبولا ، فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة. وإن لم يمكن وصول الرسائل إلى الغائب طلقها القاضى عليه بلا إعذار وضرب أجل .

شرح القانون

شروط ضرب الأجل للغائب

ضرب الأجل للغائب مشروط بالآتى :

١ — أن يكون مكانه معلوما .

٢ — أن يكون فى الإمكان وصول الرسائل إليه بإحدى الطرق المتعارف إرسال الرسائل بها . والأفضل أن يكون ذلك عن طريق رسمى ، وهو طريق سفارات الدولة فى الخارج إذا كان غائبا خارج حدود الدولة — أو بطريق قلم المحضرين ، أو بطريق البريد المسجل ، إذا كان داخل الدولة . فإن كان غير ممكن وصول الرسائل إلى الغائب، بأن كان فى مكان لا تصل إليه الرسائل، أو كان مجهول المحل بحيث لا يهتدى إلى عنوانه، ليمكن ايصال الرسائل إليه، فان القاضى يطلق زوجته منه بلا إعذار وضرب أجل .

وضرب الأجل بعد ثبوت الدعوى إن أمكن وصول الرسائل إلى الغائب والإعذار اليه يتضمن تخييره بين أحد أمور ثلاثة هى :

١ — حضوره للإقامة معها .

٢ — نقلها إليه .

٣ — تطليقها .

فإن فعل واحدا منها أنهى الخصومة فى قضية الطلاق، وإن لم يفعل بعد انقضاء الأجل ، ولم يبد عــــذرا مقبولا ، فرق القاضى بين الزوجين بتطليقة بائنة .

الغائب الذى انقطعت أخباره

اشترطت المادة الثالثة عشرة أن يكون الغياب بلا عذر مقبول. ويعنى هذه الحالة ألا يقدم نائب عن الزوج ما يثبت أن غيابه بعذر مقبول ، فعبء الإثبات فى أن الغياب بعذر مقبول هو على عاتق المدعى عليه فى هذه الحالة. أما المدعية وهى الزوجة فيكفى فى ثبوت دعواها عدم ثبوت أن الغياب بعذر مقبول، بأن كان الزوج غائبا ولا يعرف سبب غيابه لجهل حالته، وانقطاع أخباره؛ فمن غاب ، وانقطعت أخباره ، ولم تعرف حياته من مماته ، ورفعت عليه زوجته دعوى تطالب بالحكم لها عليه بتطليقها منه للغيبة ، إذا لم يحضر من ينوب عن المدعى عليه (الزوج) ويدفع الدعوى بأن العذر الذى من أجله غاب الزوج هو عذر مقبول ، ويثبت ذلك بإحدى وسائل الإثبات الشرعية، فإن القاضى يحكم بتطليق الزوجة من هذا الزوج الغائب طلقة بائنة بدون إعذار ولا ضرب أجل .

تطليق زوجة المحبوس :

مادة ١٤ — لزوجة المحبوس، المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر ، أن تطلب إلى القاضى ، بعد مضى سنة من حبسه ، التطليق عليه بائنا للضرر ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه .

شرح القانون

رأت المادة الرابعة عشرة قياس حالة الزوج المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين على حالة الزوج الغائب . وقد بينت المذكرة التوضيحية للقانون حكمة هذا القياس فقالت :

« والزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر ، يساوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها ، كما يساوى الأسير فى ذلك، فيجوز لزوجته طلب التطليق عليه بعد سنة من سجنه إذا تضررت من بعده عنها كزوجة الغائب والأسير ، لأن المناط فى ذلك تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ، ولا دخل لكون البعد باختياره ،

أو قهرا عنه ، بدليل النص على أن لزوجة الأسير حق طلب التطليق إذا تضررت من بعد زوجها عنها » .

شروط هذه الدعوى

اشترطت المادة الرابعة عشرة للحكم للزوجة بالتطليق على زوجها المحبوس ما يأتى : —

١ — أن يكون الزوج قد حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية ونفذ الحكم .

٢ — أن تكون مدة الحكم ثلاث سنين فأكثر ، فإذا حكم عليه بأقل من ثلاث سنين فلا تقبل الدعوى ، وترفض .

٣ — أن يكون الحكم نهائياً ، فإذا كان الحكم غير نهائى بأن كان قابلا للطعن عليه بإحدى طرق الطعن القانونية فلا تقبل الدعوى .

٤ — أن يكون قد أمضى فى الحبس سنة فأكثر ، فقبل مضى سنة من تاريخ الحبس لايجوز رفع دعوى الطلاق ، ولا الحكم به .

والتطليق ، فى هذه الحالة ، بدون إعذار ، ولا ضرب أجل ، لعدم الفائدة منه ، فإن الضرر قد تحقق فعلا ، ولا يملك الزوج رفعه ؛ لأنه مقيد الحرية .

ولا يقال : إن الوفاء يقضى بأن تنتظر الزوجة مضى مدة الحبس ، وبخاصة فى حالة ما إذا كان للزوج ماتستطيع الإنفاق منه ، لأن القانون لم يمنع الزوجات من الوفاء لأزواجهن ، فمن وازنت بين الوفاء لزوجها ، وبين الضرر الذى ينالها من بعده عنها ، ورأت ألا تطلق منه كان لها ذلك ، ومن تضررت ، وأرادت تطليقها منه ، جاز لها رفع دعوى الطلاق ، ويحكم القاضى لها به .

القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠

ماتقدم كان موقف القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ من التفريق وقد تعرض القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ للتفريق بالعيب فى المواد (٩ ، ١٠ ، ١١) كما تعرض للتفريق للغيبة والإعسار فى المواد (٤ ، ٥ ، ٦) منه وذلك على التفصيل الآتى :

التطليق للعجز عن النفقة

مادة ٤ — إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، فإن لم يكن له مال ظاهر ، ولم يقل إنه معسر ، أو موسر ، ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضى فى الحال . وإن ادعى العجز ، فإن لم يثبته طلق عليه حالا ، وإن أثبته أمهله مدة لاتزيد على شهر ، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك .

أبانت المادة سالفة الذكر أن الزوجة إذا امتنع زوجها من الإنفاق عليها ، ويظهر ذلك من صدور حكم لها عليه بالنفقة وامتناعه عن تنفيذ هذا الحكم ، فللمرأة إذا تضررت من ذلك ، أن ترفع الدعوى ضد هذا الزوج تطالب بالتطليق . ثم بينت المادة متى يحكم للزوجة بالتطليق حالا ، ومتى يمهل الزوج ، ومدة هذا الإمهال حسب البيان التالى : ـ

١ ـ ترفض الدعوى

إذا رفعت المرأة دعواها ضد زوجها طالبة الطلاق منه ، لأنه لاينفق عليها وتبين للمحكمة أن للزوج مالا ظاهراً ، فلا يحكم للزوجة بطلباتها ، بل ترفض دعواها ، وينفذ حكم النفقة الصادر لها عليه فى ماله الظاهر .

٢ ـ تقبل الدعوى ويحكم بالطلاق حالا

وإذا لم يكن للزوج مال ظاهر معلوم يمكن تنفيذ حكم النفقة الصادر

للزوجة منه، وجاء الزوج أومن ينوب عنه أمام القاضى،ولم ينكر الدعوى ، ولم يقل إن سبب امتناعه هو إعساره كما لم يقل إنه موسر ، وأصر على عدم الإنفاق، فيحكم القاضى بالطلاق فوراً ؛ لأن هذا إضرار بالمرأة وظلم من الزوج. والظاهر صدقها فيما تدعيه . وكذلك يطلق القاضى الزوجة من زوجها حالا ، إذا ادعى الزوج أنه عاجز عن الإنفاق لأسباب طارئة ،ولم يستطع أن يثبت هذا العجز ؛ إذ يكون فى هذه ظالماً مضاراً لزوجته .

٣ ـ إمهال الزوج فترة زمنية

وإذا ادعى الزوج أنه، لأسباب طارئة، أصبح عاجزاً عن النفقة ، لكنه مستقبلا سيصبح قادراً ، واستطاع أن يثبت أنه عاجز لا مماطل ، ولا متعمد الإضرار ، أمهله القاضى مدة حدها الأقصى شهر ، فإن استطاع أن يحضر النفقة التى يقدرها عليه القاضى ، فى الموعد المضروب له ، رفضت دعوى الطلاق ، وإن لم ينفق طلق القاضى عليه بعد ذلك .

لا يتكرر الأجل :

نص المادة صريح فى منع القاضى من تكرار الإمهال ـ فقد أبانت أن مدة الإمهال لا تزيد على شهر ، وأوجبت على القاضى أن يطلق على الزوج بعد انتهائها .

مادة ٥ ـ إذا كان الزوج غائباً غيبة قريبة ، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وإن لم يكن له مال ظاهر، وأعذر إليه القاضى بالطرق المعروفة ، وضرب له أجلا ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للإنفاق عليها ، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

فإن كان بعيد الغيبة ، لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ،

أو كان مفقوداً ، وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضي .

وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة .

شرح القانون

أبانت المادة المذكورة أن الغائب إن كانت غيبته قريبة، وكان له مال ظاهر ، وطلبت زوجته التطليق عليه لعدم إنفاقه عليها ، وأثبتت ذلك بأن كان لها عليه حكم بالنفقة ، ولم تستطع تنفيذه ، فموقف الغائب ، فى هذه الحالة ، هو كموقف ادعاء الزوجة على زوجها الحاضر الامتناع عن الإنفاق عليها وكان له مال ظاهر . ففى كلتا الحالتين يأمر القاضى بتنفيذ حكم النفقة الصادر للزوجة فى مال زوجها الظاهر المعروف ، ولا تطلق عليه فى هذه الحالة .

الإمهال

أما إذا لم يكن للغائب ، قريب الغيبة ، مال ظاهر ، فالقاضى يعذر إليه بالطرق المعروفة ، إما بواسطة الشرطة (البوليس) أو بإعلان على يد محضر ، أو بخطاب بالبريد موصى عليه ، ويضرب له ، فى هذا الإعذار ، أجلا للإنفاق فيه على زوجته ، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها ، أو لم يحضر للانفاق عليها ، طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل .

التطليق حالا

أما إذا كان الغائب ، بعيد الغيبة ، لا يسهل الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان مفقوداً ، وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة على نفسها .

وعبء الإثبات لهذه المسائل كلها - من بعد الغيبة ، وعدم سهولة الوصول إليه ، وجهالة محل إقامته ، وإثبات أنه مفقود ، وإثبات أنه لا مال له تنفق منه الزوجة على نفسها - يقع شرعاً على عاتق المدعية ، وهى الزوجة ؛ ففى الحالات [illegible] إذا [illegible] الزوجة على زوجها حالا . [illegible] الفقرة الأخيرة للمادة [illegible] المسجون ، الذى يعسر بالنفقة ، بالغائب فى كل ما ذكر من أحكام .

وقد أبانت المادة عن تفسير الغيبة البعيدة ، بأنها هى التى يكون الشخص فيها غير معروف المكان ، أو فقد ولا يعلم أحى هو أو ميت ، أو يكون فى مكان لا يمكن وصول الإعلانات إليه .

الطلاق للإعسار رجعى

وأبانت المادة السادسة أن الطلاق لعدم الإنفاق يقع رجعياً ونصت على أن للزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره، واستعد للإنفاق فى أثناء العدة ، فإن لم يثبت إيساره ، ولم يستعد للإنفاق ، لم تصح الرجعة . ولكن القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ جعل التطليق للغيبة يقع بائنا لا رجعيا بالشروط التى سبق بيانها، ولذلك إذا طلبت الزوجة من القاضى أن يطلقها للغيبة وللإعسار تطبيقا لمواد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ كان عليه أن يطبق المادة الخامسة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والمادة الثانية عشرة من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وقد طبق ذلك فعلا فى قضاء الأحوال الشخصية فى الجمهورية العربية المتحدة . وفيما يلى نموذج لذلك :

بسم الله الرحمن الرحيم

باسـم الأمـة

محكمة القاهرة الكلية للأحوال الشخصية

للولاية على النفس

الدائرة ٢٥ كلى

بالجلسة المنعقدة علنا بسراى المحكمة فى يوم الإثنين الموافق ١٩٦٨/٥/٦

برياسة السيد الأستاذ إبراهيم المتولى سعده رئيس المحكمة

وعضوية الأستاذ على مرزوق رئيس المحكمة وعبدالوهاب عفيفى القاضى
وبحضور الأستاذ محمد عبدالله محمدين وكيل النيابة
وحضور الأستاذ محب غزى سكرتير الجلسة

صدر الحكم الآتى :

فى القضية رقم ١١٤٨ سنة ١٩٦٧ كلى أحوال شخصية القاهرة.
المرفوعة من بدرية محمد أحمد أبوالعلا

ضــــد

سعيد الأخضر محمد قاسم بشأن طلاق

المحكمـــة

بعدالاطلاع على الأوراق ، وسماع المرافعة الشفوية ، وإبداء النيابة رأيها والمداولة قانوناً. وبما أن المدعى عليه أعلن ولم يحضر، فيجوز للمحكمة أن تحكم فى غيبته عملا بنص المادة ٢٨٣ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وبما أن المدعية أقامت هذه الدعوى بصحيفتها المعلنة فى ١٨/١١/١٩٦٧ قالت فيها: إن المدعية زوجة للمدعى عليه بصحيح العقد الشرعى ، ولم يدخل بها حتى الآن ، ولا تزال بعصمته وطاعته ، وهى آنسة ويخشى عليها من الفتنة . والمدعى عليه فقير معسر ، ولا تعلم له محل إقامة ، وغائب عنها منذ عقد الزواج فى ١٤/١٠/١٩٦٥ للآن، وليس له مال ظاهر يمكنها الإنفاق منه ، وقد طالبته بتطليقها منه للغيبة والإعسار فامتنع بغير حق ولا وجه شرعى .لذلك تدعى المدعية على المدعى عليه بما ذكر ، وتطلب تطليقها من المدعى عليه للغيبة والإعسار ، وعدم وجود مال ظاهر يمكنها الإنفاق منه ، وإلزامه المصاريف والأتعاب ، وقدمت المدعية لتأييد الدعوى صورة طبق الأصل من وثيقة عقد زواج ثابت بها أن المدعى عليه تزوج المدعية فى ١٤ أكتوبر سنة ١٩٦٥ على صداق قدره خمسون جنيها .

وبما أن المحكمة سبق أن قضت فى ١٩٦٨/٢/٥ غيابياً ، وقبل الفصل فى الموضوع ، بإحالة الدعوى إلى التحقيق لتثبت المدعية ، بكافة طرق الإثبات القانونية ، ومن بينها البينة . أن زوجها المدعى عليه ، بعد أن عقد عليها ، تركها ، ولم يدخل بها ، ولازالت فى عصمته وطاعته ، وغاب عنها إلى جهة غير معلومة لها ، دون نفقة ولا منفق ، وأنه فقير معسر لا مال له تستطيع الأخذ منه للإنفاق — ولينفى المدعى عليه ذلك بذات الطرق .

وبما أنه بجلسة التحقيق أشهدت المدعية كلا من يحيى محمد حسن وإبراهيم عبد الحميد إبراهيم . وبسؤال الأول قرر أن المدعى عليه عقد قرانه على المدعية من سنتين، وقد شاهده فى ظروف ذلك ، ثم تركها بعد هذا ، دون أن يدخل بها ، إلى جهة مجهولة ، وقد بحثت عنه فلم تجده ، وظل فى مكانه المجهول طيلة هذه المدة دون أن ينفق عليها ، أو يحيلها على أحد للإنفاق ، أو يرسل إليها من مكان غيابه مايعينها على الإنفاق . وهو ، فى نفس الوقت، فقير معسر لامال له ولاملك تستطيع أن تأخذ منه للإنفاق ، فقد كان وقت وجوده بائعاً ، متجولا ، يتكسب خمسين قرشا يوميا . وبسؤال الشاهد الثانى ذكر أقوالا لاتخرج فى مجموعها عن مجمل ماذكر الشاهد الأول .

وبما أن المدعية طلبت ، بعد هذا ، القضاء لها بالتفريق . وبما أن المدعى عليه لم يحضر لدفع الدعوى أو إبداء ما يناقضها . وبما أن النيابة العامة ممثلة فى شخص وكيلها الأستاذ عصام محمد خشبة قدمت مذكرة شرحت فيها الدعوى ، وانتهت إلى أنها ترى الحكم بتطليق المدعية من المدعى عليه طلاقا بائنا .

وبما أن المحكمة حجزت الدعوى للحكم لجلسة اليوم .

وبما أن المادة الخامسة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ تنص على أنه إذا كان الزوج بعيد الغيبة، ولا يمكن الوصول إليه ، أو كان مجهول المحل ، أو كان

مفقودا وثبت أنه لا مال له، تستطيع أن تنفق منه الزوجة على نفسها طلق عليه القاضي. ويعرف الشراح الغيبة البعيدة بأن يكون الشخص فيها غير معروف المكان أو فقد ولا يعلم أحي هو أم ميت، أو الذى لا يمكن وصول الاعلانات إليه ومن المقرر فى مذهب الإمام مالك ـ الذى أخذ منه القانون أحكام التطليق فى حالة الغيبة والإعسار ـ أنه إذا ادعت الزوجة أن زوجها غائب عنها، ولم يترك لها نفقة، وليس له مال تنفق منه، وطلبت التطليق لذلك، وكانت الغيبة بعيدة، وأثبتت الزوجة وقائع دعواها من غيبة زوجها غيبة بعيدة، وعسره، فإن القاضي يطلقها عليه فى الحال، بدون تلوم ولا إعذار. ونصت المادة السادسة من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن كل طلاق يقع رجعيا إلا المكمل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على مال وما نص على كونه بائنا فى هذا القانون والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

وبما أنه بإنزال حكم هذه المادة على واقعة الدعوى يتبين أن المدعى عليه زوج للمدعية، ولا زالت على عصمته، وفى طاعته للآن، وقد ثبت من أقوال شاهدى الإثبات أنه غاب عنها منذ أكثر من سنتين إلى جهة غير معلومة، وقد بحثت عنه فلم تجده، وأنه معدم فقير معسر لا مال له ولا ملك تستطيع أن تأخذ منه للإنفاق. وهو لم ينفق عليها خلال المدة السابقة، ولم يحلها على أحد للإنفاق، ولم يرسل إليها من مكان غيابه ما يفيها.

وبما أنه عن المصاريف فيلزم بها المدعى عليه إذ خسر الدعوى عملا بنص المادة ٢٨١ من المرسوم بقانون ٧٨ لسنة ١٩٣٠ ويدخل فى ذلك الأتعاب.

وبما أنه عن النفاذ المعجل فلا محل له إذ الدعوى ليست من حالاته.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة، غيابيا، بتطليق المدعية بدرية محمد أحمد أبو العلا من

زوجها المدعى عليه سعد الأخضر محمد قاسم طلقة أولى بائنة وألزمت المدعى عليه المصاريف وخمسين قرشا مقابل أتعاب المحاماة .

ملاحظات :

أولا : ماتقدم هى حالات التطليق التى تعرض لها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وهناك حالات سكت عنها كل من القانونين المذكورين ، وتثبت فيها البينونة من غير توقف على قضاء القاضى ، كالإيلاء ، أو تكون بتفريق القاضى كاللعان ، فهذه الحالات يكون الحكم فيها طبقا لأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة . وذلك تطبيقا للمادة (٢٨٠) من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ .

ثانيا : إذا شك الزوج فى أصل الطلاق ، بأن لم يعلم يقينا هل طلق زوجته أو لم يطلقها ، فشكه هذا لايثبت به طلاق ، فاليقين لايزول إلا بيقين مثله ومتى كان الزواج ثابتا بيقين ، فلا يزول بمجرد الشك فى حصول الطلاق . ولذلك تستمر الزوجة زوجة ولايحكم بطلاقها إلا إذا طلقها زوجها بيقين.

وإذا شك الزوج فى عدد الطلقات فإنه يحكم بالأقل ؛ لأنه فى هذه الحالة موقن بوقوع طلاق ، ولكنه لايدرى عدده ؛ فإذا كان التردد بين طلقة وثنتين ، حكم بواحدة ، وإن كان التردد بين ثنتين وثلاث ، حكم بثنتين ؛ لأن ذلك هو الثابت بيقين . وإذا كان الشك فى صفة الطلاق أرجعى هو أو بائن فإنه يحكم بالأضعف وهو الرجعى ؛ لأنه المتيقن .

الطلاق المنجز ، والمعلق ، والمضاف

المذهب الحنفى

تنجيز الطلاق :

هو تحقيقه فى الحال ، فيقع بمجرد التلفظ بعبارته ، وذلك كقول الزوج زوجته : أنت طالق ، أو أنت بائن .

تعليق الطلاق :

وتعليق الطلاق على أمر هو : ربط حصوله بذلك الأمر بأدوات الشرط أو مافى معناها . وأدوات الشرط هى : إن ، وإذا ، وكلما ، وماشابهها؛ فالتعليق بأداة الشرط الصريحة مثل أن يقول لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق . والتعليق بما فى معنى أداة الشرط ، كأن يقول الرجل : المرأة التى أتزوجها طالق . فإنه على معنى قوله : إذا تزوجت امرأة فهى طالق .

إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل :

وإضافة الطلاق إلى زمن مستقبل هو ربط حصوله بذلك الزمن بغير أداة من أدوات الشرط أو مافى معناها ، مثل أن يقول الزوج لزوجته : أنت طالق غدا ، أو يقول : أنت طالق أول الشهر القادم. والطلاق المضاف إلى زمن مستقبل، والمعلق على أمر، يشتركان فى عدم الوقوع للحال، فالطلاق المضاف الى زمن لايقع الا عند مجيء ذلك الزمن بشروط تفصلها فيما بعد، وكذلك الطلاق المعلق لايقع الا بعد تحقق الأمر المعلق عليه ومن ثم فهما يفترقان فيما يأتى :

الفرق بين التعليق والإضافة :

يفرق بين الطلاق المعلق والطلاق المنجز من عدة وجوه :

أولا : التعليق يكون على أى أمر من الأمور، سواء أكان فعلا من أفعال الزوج ، أو الزوجة ، أو غيرهما ، أم كان من الأمور الكونية التى لا دخل فيها لأحد من الناس ، أم كان زمنا من الأزمنة ... أما الإضافة فإنها تكون الى الزمن المستقبل على سبيل التحديد .

ثانيا : التعليق يكون بعبارة مشتملة على أداة من أدوات الشرط أو ماهو فى معناها . أما الإضافة إلى زمن مستقبل فليست كذلك .

ثالثا : فى التعليق على أمر لا يقع الطلاق فيه إلا بعد تحقق ذلك الأمر تماما .

أما فى اضافة الطلاق الى زمن مستقبل فان الطلاق يقع مع أول جزء من أجزاء وجود ذلك الزمن مع ملاحظة أنه إذا علق الطلاق على زمن مستقبل فانه لا يقع إلا بعد تحقق أول جزء من ذلك الزمن. ولهذا فرق الفقهاء بين قول الرجل لعبده : أنت حر ، غدا، وبين قوله : إذا جاء الغد فأنت حر ، وكان الغد هو عيد الفطر ؛ فقالوا فى حالة الإضافة الى الزمن «أنت حر غدا» يعتق العبد مع أول جزء من أجزاء الغد، ولا تجب على السيد صدقة فطره ؛ لأنه حر من أول اليوم. أما فى حالة تعليق حريته على مجيء الغد، فلا يعتق العبد الا بعد تحقق أول جزء من الغد . ومن ثم تكون صدقة فطره واجبة على السيد ؛ لأن أول جزء من الغد قد جاء وهو مملوك .

رابعا : التعليق عند فقهاء الحنفية يمنع انعقاد السبب؛ فقد قالوا : المعلق بالشرط لا ينعقد سببا حقيقة وإن انعقد صورة؛ فإذا قال رجل لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق، فكأنه لم يتكلم بقوله: أنت طالق قبل دخولها الدار، فحين يوجد دخول الدار يوجد الشرط أى يوجد التكلم بقوله: أنت طالق، لأن الإيجاب لا يوجد إلا بركنه، أى حين يوجد الشرط، وهو دخول الدار، ولا يثبت إلا فى محله. وههنا وإن وجد الركن وهو أنت طالق لكن لم يوجد المحل ؛ لأن الشرط حال بينه وبين المحل فبقى غير مضاف إليه ، أى غير متصل بالمحل وبدون الاتصال بالمحل لا ينعقد سببا فى الشر [illegible] وقصدا ... فصيغة الطلاق التى جعلها الشارع سببا فى وقوعه يتوقف [illegible] مندها — فى الطلاق المعلق على أمر — على تحقق [illegible] الأمر ، فبتحققه تنعقد السببية ويترتب أثرها عليها ، ويكون المعلق، عندئذ، بمثابة المنجز. أما فى الإضافة فإن الصيغة تنعقد سببا بمجرد التلفظ بها ، ولكن لا يترتب عليها أثرها الا بمجيء الزمن المضاف اليها .

ومما تقدم يعلم أن صيغة تنجيز الطلاق تنعقد ، ويترتب أثرها عليها

فور التلفظ بها ، وأن صيغة التعليق يتأخر فيها الأمران جميعاً حتى يتحقق الشرط المعلق عليه . أما صيغة الإضافة فتنعقد سببا فى الحال . وأثرها هو الذى يتأخر إلى مجيء الزمن المضاف إليه .

الطلاق المنجز

شروط صحة التنجيز :

يشترط الأحناف لصحة تنجيز الطلاق أن يكون فى حال قيام الزوجية الصحيحة ، أوفى أثناء العدة من طلاق رجعى أو بائن : ويلحق بذلك عدة الفسخ بسبب الردة ، أو بسبب الإباء عن الإسلام، حيث يصح فيهما تنجيز الطلاق .

فإن كان التنجيز فى غير ذلك كان باطلا ؛ مثل أن يقول الرجل لأجنبية: أنت طالق ؛ فهو كلام لغو؛ لأنه ليس بينهما حل ، ولا قيد زوجية ، حتى تقع بالطلاق . ويدل على هذا قول الرسول صلى الله عليه وسلم : لانذر لابن آدم فيما لايملك ؛ ولاعتق فيما لايملك ؛ ولا طلاق له فيما لايملك[1] .

قال صاحب البدائع[2] : « وأما الذى يرجع إلى المرأة فنها: الملك أوعلقة من علائقه، فلا يصح الطلاق إلا فى الملك أوفى علقة من علائق الملك ،وهى عدة الطلاق، أومضافا إلى الملك.وجملة الكلام فيه: أن الطلاق لايخلو إما أن يكون تنجيزاً، وإما أن يكون تعليقاً بشرط، إما أن يكون إضافة إلى وقت .

أما التنجيز فى غير الملك ، والعدة ، فباطل ، بأن قال لامرأة أجنبية : أنت طالق أو طلقتك ؛ لأنه إبطال الحل ، ورفع القيد ، ولا حل ولا قيد فى الأجنبية ، فلا يتصور إبطاله ، ورفعه : وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم : « لاطلاق قبل النكاح » . وإن كانت منكوحة الغير وقف على إجازته عندنا خلافا للشافعى والمسألة تأتى فى كتاب البيوع » .

---

(١) رواه أحمد وأبو داود والترمذى والبيهق وغيرهم. وقال فيه الترمذى: إنه حديث حسن وهو أحسن شيء روى فى هذا الباب . وقال البيهقى : هو أصح شيء فى هذا الباب وأشهره .

(٢) بدائع الصنائع ٣ـ ٩

الطلاق المعلق

تعليق الطلاق :

تعليق الطلاق نوعان :

(الأول) تعليق فى الملك أو فيما هو فى حكم الملك .

(الثانى) تعليق على الملك نفسه أو على سببه .

فالتعليق فى الملك أن يقول الرجل لزوجته ، أو لمعتدة الطلاق الرجعى : إن دخلت الدار فأنت طالق . ومثال التعليق فيما هو فى حكم الملك أن يقول مثل القول السابق لمعتدة من طلاق بائن : « إن دخلت دار فلان فأنت طالق » فإن عدة البائن — وإن لم يكن فيها زوجية — يمكن أن يقع فيها طلاق ، لأنه تثبت فيها بعض الأحكام ، فيصح أن يعلق فيها الطلاق .

أما التعليق على الملك أو على سببه فهو كأن يقول الرجل للأجنبية : إن تزوجتك فأنت طالق، أو يقول لها : إن ملكت عصمتك فأنت طالق ، ففى العبارة الأخيرة : « إن ملكت عصمتك فأنت طالق » تعليق للطلاق على الملك نفسه ، وفى العبارة الأولى: « إن تزوجتك فأنت طالق » تعليق للطلاق على سبب الملك ، وهو الزواج ، فإن عقد الزواج هو سبب ملك العصمة ولاخلاف بين أئمة المذاهب فى صحة التعليق فى الملك . إنما الخلاف بينهم فى التعليق على الملك أو على سببه .

فالحنفية يقولون بجوازه وترتب أثره عليه، فهو نوع من اليمين لا تتوقف صحته إلا على تحقق الأهلية . فأما المحلية فليس تحققها بشرط لصحة التعليق، متى كان المعلق عليه هو المحلية نفسها . ولا فرق بين تعليق الطلاق على الزواج وتعليق شىء آخر عليه بطريق النذر أو اليمين بالله : كأن يقول : « لله على ، إذا تزوجت ، ان أصوم ثلاثة أيام » أو يقول: « والله إن تزوجت لأتصدقن

على الفقراء بثلاثين جنيها ، فإذا تحقق الشرط وهو الزواج فإنه يتحقق ماعلق عليه من الطلاق وغيره .

قال صاحب البدائع :[1] «وأما التعليق بشرط فنوعان : تعليق فى الملك، وتعليق بالملك . والتعليق فى الملك نوعان : حقيقى وحكمى. أما الحقيقى فنحو أن يقول لامرأته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق، أو إن كلمت فلانا ، أو إن قدم فلان ونحو ذلك ، وإنه صحيح بلا خلاف ؛ لأن الملك موجود فى الحال ، فالظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط ؛ فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط، فيحصل ماهو المقصود من اليمين ، وهو التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط . فصحت اليمين .ثم إذا وجد الشرط والمرأة فى ملكه ، أو فى العدة ، يقع الطلاق ، وإلا، فلا يقع الطلاق ، ولكن تنحل اليمين لا الى جزاء . حتى لو قال لامرأته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق فدخلت الدار وهي فى ملكه طلقت ، وكذا إذا أبانها ، قبل دخول الدار، فدخلت الدار وهي فى العدة عندنا ؛ لأن المبانة يلحقها صريح الطلاق عندنا . وإن أبانها قبل دخول الدار وانقضت عدتها ، ثم دخلت الدار، لايقع الطلاق لعدم الملك والعدة ، ولكن تبطل اليمين، حتى لو تزوجها ثانياً ودخلت الدار لايقع شىء ؛ لأن المعلق بالشرط يصير عند الشرط كالمنجز، والتنجيز فى غير الملك والعدة باطل ؛ فإن قيل : أليس أن الصحيح إذا قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم جن فدخلت الدار يقع طلاقه ، ولو نجز فى تلك الحالة لايقع ؟ فالجواب من وجهين :

أحدهما : أن التطليق كلامه السابق عند الشرط فتعتبر الأهلية وقت وجوده ، وقد وجدت .

والثانى : أننا إنما اعتبرناه تنجيزاً حكماً وتقديراً، والمجنون من أهل أن يقع الطلاق على امرأته بطريق الحكم ؛ فإن العنين إذا أجل ، فمضت المدة ، يفرق القاضى بينهما ، ويكون ذلك طلاقاً ، فاطرد الكلام بحمد الله تعالى» .

---

(1) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ١٢٦ .

شروط صحة التعليق :

يشترط لصحة تعليق طلاق المرأة فى كل من الحالتين الآتيتين ما يأتى :

أولا — تعليق طلاق غير الزوجة

إذا كان تعليق الطلاق واقعاً على امرأة أجنبية عن المعلق ، فيشترط لصحة التعليق أن يكون التعليق على ملك العصمة ، أو على الزوجية ، وأن يكون التعليق بعبارة صريحة اذا كانت المرأة معينة بالإشارة او بالاسم والنسب. فالتعيين بالإشارة: أن يقول مشيراً لامرأة أمامه، عينها بإشارته : إن تزوجت هذه المرأة فهى طالق . والتعيين بالاسم والنسب أن يقول : إن تزوجت فلانة بنت فلان فهى طالق فى هاتين الحالتين تطلق المرأة المشار إليها ، أو المعينة بالاسم والنسب ، بمجرد العقد عليها . أما لو كان التعليق بعبارة غير صريحة فى هذه الحالة فلا يقع الطلاق بتزوج المعلق من المرأة التى علق طلاقها بعد التعليق، وذلك مثل أن يقول : هذه المرأة التى أتزوجها طالق . أو يقول : فلانة بنت فلان التى أتزوجها طالق، فإنها لا تطلق بتزوجها ؛ لأن تعيينها هكذا، تعييناً كاملا، يجعل العبارة تنجيزاً . ويكون وصفها بقوله ؛ « التى أتزوجها » ، وصفا لفظا ومعنى ، لا تعليقاً معنويا ؛ فكأنه قال : هذه طالق ، أو فلانة بنت فلان طالق ، فلا يقع الطلاق حينئذ ؛ لأن المرأة ليست محلا للطلاق فى هذا الوقت ؛ إذ ليست ملكا للمطلق ، ولا فى حكم الملك .

أما إذا كانت المرأة التى علق الرجل طلاقها بزواجه منها ، او بملكه عصمتها ، امرأة غير معينة لا بطريق الإشارة ، ولا بطريق الاسم والنسب فلا يشترط أن يكون التعليق بعبارة صريحة .. ويكفى فى وقوع طلاقها أن يقع المعلق عليه وذلك مثل أن يقول رجل : المرأة التى أتزوجها طالق ، فإن الوصف هنا « التى أتزوجها » — يفيد التعليق فى المعنى فكأنه قال : إن تزوجت امرأة فهى طالق ، فيقع الطلاق بمجرد تزوجها .

ثانياً — تعليق طلاق الزوجة

وقد يكون تعليق الطلاق واقعاً على امرأة ليست أجنبية عن المعلق بأن تكون المرأة زوجة له فعلا أو فى حكم الزوجة ، حيث يشترط، فى هذه الحالة ، لصحة تعليق الطلاق ما يأتى :

١ — أن يكون الشيء المعلق عليه الطلاق معدوما ، وعلى خطر الوجود ، أى يكون أمراً محتملا أن يكون أو لا يكون ، فلو كان المعلق عليه من الأمور المتحقق وجودها لم يكن التعليق حقيقياً ، بل يكون تعليقاً صورياً ، فيقع الطلاق بمجرد التعليق ؛ لأنه، حينئذ بمثابة التنجيز، فمن قال لامرأته : إن كان فى الدنيا هواء ، أو ماء ، فأنت طالق، طلقت منه للحال ؛ لأن عبارته تفيد تنجيز الطلاق لا تعليقه، فكأنه قال لها : أنت طالق. أما إذا علق الطلاق على شيء مستحيل التحقق فلا يقع الطلاق بالضرورة ، فمن قال لامرأته: إن دخل الجمل فى سم الخياط فأنت طالق، فلا تطلق ؛ لأن عبارته تدل على أنه لم يرد بقوله طلاق زوجته؛ لأنه ربط طلاقها بأمر مستحيل الوقوع.

قال صاحب البدائع مشيراً إلى هذا الشرط «ولو قال لامرأته : أنت طالق إن كانت السماء فوقنا ، او قال أنت طالق إن كان هذا، نهاراً او إن كان هذا ليلا وهما فى الليل، أو فى النهار، يقع الطلاق للحال؛ لأن هذا تحقيق، وليس بتعليق بشرط؛ إذ الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود ، وهذا موجود . ولو قال : إن دخل الجمل فى سم الخياط فأنت طالق، لا يقع الطلاق؛ لأن غرضه منه تحقيق النفى حيث علقه بأمر محال »[1]

٢ — أن تكون عبارة التعليق متصلة الأجزاء من غير فصل بين شرطها وجزائها إلا لضرورة ، سواء قدم الشرط على الجزاء أو أخر عنه[1]، فإذا فصل الشرط والجزاء لغير ضرورة لم يكن تعليقاً صحيحاً . ولهذا قال

(١) بدائع الصنائع للكسانى ج ٣ ص ٣٢

الأحناف فيمن قال لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق ، او قال لها: أنت طالق إن دخلت دار فلان. فدخلت الدار، فإنها تطلق لصحة التعليق ووقوع الشرط المعلق عليه الطلاق . اما لو قال لها : أنت طالق، ثم قال بعد فترة ولو قصيرة، من غير عذر: «إن دخلت دار فلان » لم يكن تعليقا صحيحا بل يكون تنجيزاً للطلاق بالعبارة الأولى .

اتصال الشرط بالجزاء

قال صاحب البدائع مشيراً إلى ضرورة عدم الفصل بين الشرط والجزاء فى تعليق الطلاق : « . . . وكذلك إذا ذكر بعده ما هو صفة له وقع بتلك الصفة : كما إذا قال : أنت طالق بائن أو حرام ، لأن الصفة مع الموصوف كلام واحد ، فلا يفصل البعض عن البعض فى الوقوع ، وفائدة هذا لا تظهر فى التنجيز ، لأن الطلاق قبل الدخول لا يقع إلا بائناً سواء وصفه بالبينونة أو لم يصفه ، وإنما تظهر فى التعليق بأن يقول لها : أنت طالق بائن إن دخلت، فإنه لا يتنجز، بل يتعلق بالدخول ؛ لأن قوله « بائن » بين الإيقاع والشرط ، لا يقع فاصلا بينهما لما ذكر أن الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يكون حائلا بين الإيقاع والشرط ، فلا يمنع التعليق بالشرط[1] » .

تقديم الجزاء على الشرط والربط بينهما بالواو أو الفاء :

قال الكاسانى : « ولو آخر الشرط : بأن قال : أنت طالق وطالق ، وطالق إن دخلت الدار . أو قال : أنت طالق فطالق إن دخلت الدار ، تعلق الكل بالشرط. فإن وجد الشرط، يقع الثلاث بالإجماع؛ لأن أهل اللغة وضعوا هذا الكلام على تأخير الشرط ، لإيقاع الثلاث جملة فى زمان ما بعد الشرط ، لحاجتهم إلى تدارك الغلط على ما بينا فيما تقدم[2] .

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٣٢

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٣٢ .

تكرار الشرط والجزاء أو تقديم الشرط :

وقال الكاسانى[1] : « ولو قال لها أنت طالق إن دخلت الدار ، أنت طالق إن دخلت الدار . أنت طالق إن دخلت الدار ، أو قدم الشرط بأن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ؛ قال ذلك ثلاثا . يتعلق الكل بالدخول فما لم تدخل لا يقع شيء . وإن دخلت الدار دخلة واحدة يقع الثلاث بالإجماع ؛ لما قلنا إن هذه أيمان ثلاثة ، لها شرط واحد ، كل يمين : إيقاع الطلاق الثلاث فى زمان واحد ، وهو ما بعد الشرط ، فكان إيقاع الثلاث جملة فى زمان ما بعد الشرط لا متفرقا ؛ فإذا وجد الشرط يقع جملة » .

الربط بين الجزاء والشرط بثم مع تأخير الشرط عن الجزاء :

لأبى حنيفة رأى يخالف رأى صاحبيه فى حالة ما إذا علق الرجل طلاق زوجته ، وقدم الجزاء على الشرط وربط بينهما بثم حسب التفصيل الآتى:

رأى أبى حنيفة بالنسبة لغير المدخول بها :

قال الكاسانى : « ولو قال : أنت طالق ، ثم طالق ، ثم طالق ، إن دخلت الدار ، فالأول يقع للحال ، ويلغو الثانى والثالث فى قول أبى حنيفة .

رأى أبى حنيفة فى المدخول بها:

وقال الكاسانى أيضا : « وإن كانت مدخولا بها يقع الأول والثانى للحال ، ويتعلق الثالث بالشرط » .

رأى الصاحبين :

قال الكاسانى : « وقال أبو يوسف ومحمد يتعلق الكل بالشرط ، ولا يقع إلا واحدة . وإن كانت مدخولا بها يقع الثلاث ، سواء كانت مدخولا بها ، أو غير مدخول بها . وجعل ثم ، عندهما ، فى هذه الصورة ، كالواو والفاء .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٤٠

توضيح وجهة نظر كل فريق

تعليل رأى أبى حنيفة :

قال الكاسانى: «وجه قول أبى حنيفة: أن كلمة (ثم) موضوعة للتراخى ، وقد دخلت على الايقاع فيقتضى تراخى الثانى عن الأول فى الإيقاع ؛ كأنه قال : أنت طالق وسكت ، ثم قال: فطالق ، وطالق إن دخلت الدار ؛ فيقع الأول للحال ، ويلغو الثانى والثالث . لأنهما حصلا بعد ثبوت البينونة بالأول فلا يقعان فى الحال . ولا يتعلقان بالشرط أيضا ؛ لانعدام الملك وقت التعليق ، فلم يصح التعليق[١]».

تعليل قول الصاحبين :

قال الكاسانى : «وجه قولهما على ظاهر الرواية عنهما ، أن (ثم) حرف عطف كالواو ، ولها معنى خاص وهو التراخى . فيجب اعتبار المعنيين جميعا . فاعتبرنا معنى العطف فى تعليق الكل بالشرط كما فى حرف الواو ، والفاء . واعتبرنا معنى التراخى فى الوقوع ، وهذا يمنع وقوع الثانية ، والثالثة قبل الدخول بها[٢]» .

الفرق بين وجهتى النظر :

ويمكننا أن نفرق بين رأى الإمام وصاحبيه بأن الأمام يعتبر معنى التراخى الذى أفادته كلمة (ثم) فى إيقاع الطلاق ؛ لأن الحكم :الإيقاع . أما صاحبا الأمام فهما يعتبران معنى التراخى فى الوقوع لا فى الإيقاع. قال الكاسانى : فالحاصل : أنهما يعتبران معنى التراخى فى الوقوع لا فى الإيقاع ، وأبو حنيفة يعتبر معنى التراخى فى الإيقاع)[٣] .

الترجيح :

ورجح الكاسانى رأى الأمام فقال : «واعتبار أبى حنيفة أولى ؛ لأن

. (١ ، ٢ ، ٣) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٤٠ ، ١٤١

كلمة التراخى دخلت على الإيقاع ، والتراخى فى الإيقاع يوجب التراخى فى الوقوع ؛ لأن الحكم يثبت على وفق العلة فأما القول بتراخى الوقوع من غير تراخى الإيقاع، فقول بإثبات حكم العلة على وجه لا تقتضيه العلة . وهذا لا يجوز[١]» .

الفصل بين الجزاء والشرط بالاستغفار ونحوه :

نقل عن أبى يوسف رحمه الله فيمن قال لامرأته : أنت طالق، استغفر الله، إن دخلت الدار، موصولا، أو قال: سبحان الله، أو الحمد لله : أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى، ويقع الطلاق فى الحال قضاء؛ لأن هذا كلام لا تعلق له بالطلاق ، فيكون فاصلا بين الجزاء والشرط ؛ فيمنع التعليق .

تقديم الشرط على الجزاء

وقال صاحب البدائع[١] : «ولو علق بحرف الفاء بأن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق، فطالق ، فطالق ، فجعل الكرخى والطحاوى حرف الفاء ههنا كحرف الواو ، وأثبتا الخلاف فيه . والفقيه أبو الليث جعله مثل كلمة بعد. وعده مجمعاً عليه ، فقال : إذا كانت غير مدخول بها لا يقع إلا واحدة بالإجماع . وهكذا ذكر الشيخ الإمام الأجل الأستاذ علاء الدين رحمه الله تعالى. وهذا أقرب الى الفقه ؛ لأن الفاء للترتيب مع التعقيب ، ووقوع الأول يمنع من تعقيب الثانى والثالث . ولو قال : ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق فالأول يتعلق بالشرط، والثانى يقع للحال ، ويلغو الثالث فى قول أبى حنيفة ، كما إذا لم يذكر الواو ولا الفاء ، بأن قال : ان دخلت الدار فأنت طالق، طالق، طالق ، فإن تزوج بها ودخلت الدار ـ ولم تكن دخلت الدار قبل ذلك ـ نزل المعلق ، وان كانت مدخولا بها يتعلق الأول بالشرط

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٤٠ ، ١٤١ .

(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٤٠

وتقع الثانية والثالثة فى الحال . فإن دخلت الدار،وهى فى العدة ، أو دخلتها بعد أن راجعها نزل المعلق . وقال ابو يوسف ومحمد : يتعلق الكل بالشرط حتى لا يقع شيء فى الحال،واذا دخلت الدار تقع واحدة ، وان كانت مدخولا بها يقع الثلاث على التعاقب ،كما اذا قال :ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وبعدها واحدة ، وبعدها واحدة ، وكما قال أبو حنيفة فى حرف الواو .

وجه قولهما : أنه عطف البعض على البعض بحرف العطف (لأن ثم حرف عطف كالواو) فيتعلق الكل بالشرط . ثم الوقوع بعد الشرط يكون على التعاقب بمقتضى حرف ثم ؛ لأنه للترتيب مع التراخى ، فيعتبر معنى العطف فى التعليق ، ومعنى الترتيب فى الوقوع، على مانذكر .

ولأبى حنيفة : أن قوله: إن دخلت الدار فأنت طالق يمين تامة ، لوجود الشرط والجزاء، وانها منعقدة؛ لحصولها فى الملك، فلما قال: ثم طالق، فقد تراخى الكلام الثانى عن الأول فصار كأنه سكت، ثم قال لها: أنت طالق، فيقع فى الحال، ولا يتعلق بالشرط. وأبو حنيفة يعتبر معنى الكلمة وهو التراخى فى نفس الكلام فكان الفصل بين الكلام الأول والثانى بالتراخى كالفصل بالسكوت على مانذكر إن شاء الله تعالى. ولو أخر الشرط بأن قال : أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار ، أوقال : انت طالق، فطالق إن دخلت الدار- تعلق الكل بالشرط ، فإن وجد الشرط يقع الثلاث بالإجماع ؛ لأن أهل اللغة وضعوا هذا الكلام على تأخير الشرط لإيقاع الثلاث جملة فى زمان مابعد الشرط لحاجتهم إلى تدارك الغلط على مابينا »[1] .

وفى الإشارة إلى بيان الضرورة،التى إذا وجدت فى حال التلفظ وأدت إلى الفصل بين الشرط والجزاء فلا يعتبر ذلك فصلا -قال صاحب البدائع :

---

(١) بدائع الصنائع الكاسانى، جـ٣ ص ١٤٠، [illegible]

« وروى عن إبى يوسف فيمن قال لامرأته : أنت طالق ، استغفر الله ، إن دخلت الدار، موصولا ، أو قال ، سبحان الله، او الحمد لله : إنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، ويقع فى القضاء فى الحال ؛ لأن هذا الكلام لا تعلق له بالطلاق، فيكون فاصلا بين الجزاء والشرط، فيمنع التعليق، كما لو سكت بينهما من غير ضرورة، كالسعال، فيقع فى الحال فى القضاء . ولا يصدق أنه أراد به التعليق ؛ لأنه خلاف الظاهر . ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى ما يحتمله كلامه . وكذا إذا تنحنح من غير سعال غشيه ، أو تساعل ؛ لأنه لما تنحنح من غير ضرورة أو تساعل، فقد قطع كلامه فصار كما لو قطعه بالسكوت » [١].

والخلاصة أنه إذا كان الفصل بين الشرط والجزاء فى عبارة تعليق الطلاق لضرورة كسعال حدث للمعلق فلا يكون هذا الفصل مانعا من صحة التعليق بل يلحق آخر الكلام بأوله، ويكون تعليقا صحيحاً .

٣ — الشرط الثالث أن يكون الجزاء مرتبطاً بالشرط برابط الفاء متى كان متأخرا عن الشرط . أما إذا كان معنى الجزاء متقدما على الشرط فلا يحتاج إلى ذلك الرابط . وقد أشار صاحب البدائع إلى ذلك فيما سقناه من نصوص فى بيان الشرط الثانى[٢] : فاذا قال الرجل لزوجته : « إن دخلت الدار انت طالق» من غير ربط وقع الطلاق منجزا، لأن العبارة لا تعليق فيها، إلا إذا قال : أردت الربط والتعليق، أو كانت القرائن تدل على أنه يريد تعليق الطلاق على الشرط الذى ذكره ، وأنه ما ذكر الرابط بين أجزاء العبارة إلا لجهله بقواعد اللغة العربية ؛ فيكون ما قاله تعليقا للجزاء على الشرط[٣] .

٤ — الشرط الرابع من شروط صحة التعليق أن يكون فى الإمكان البر باليمين،

(١، ٢، ٣) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٤٠ ، ١٤١، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩

وإلا يقع الطلاق، فلو قال الرجل لامرأته : إن لم تكلمي محمدا غدا فأنت طالق فمات محمد في الحال فلا يقع الطلاق لعدم إمكان البر .

٥ - الشرط السادس ألا يكون تعليق الطلاق على مشيئة غير معلومة، فإن علقه على مشيئة غير معلومة نحو أن يقول : إن شاء جبريل، أو الملائكة، أو الشياطين، فأنت طالق - وكان الربط تاما بين الشرط والجزاء - فلا يقع الطلاق .

تعليق الطلاق على مشيئة الله :

أفاض صاحب البدائع في تعليق الطلاق على مشيئة الله ، وعده من قبيل الاستثناء في الطلاق فقال :

« وأما مسائل النوع الثاني من الاستثناء، وهو تعليق الطلاق بمشيئة الله عز وجل، فنقول : إذا علق طلاق امرأته بمشيئة الله تعالى يصح الاستثناء ، ولا يقع الطلاق، سواء قدم الطلاق على الاستثناء في الذكر بأن قال : أنت طالق إن شاء الله ، أو أخره عنه بأن قال : إن شاء الله تعالى فأنت طالق . وهذا قول عامة العلماء. وقال مالك: لا يصح الاستثناء، والطلاق واقع. وعلى هذا تعليق العتق ، والنذر ، واليمين، بمشيئة الله سبحانه وتعالى »[1] .

الأدلة

استدل الاحناف لرأيهم بالكتاب والسنة والمعقول :

الكتاب :

أما الدليل من الكتاب فمنه : قول الله تعالى إخبارا عن موسى عليه ، وعلى نبينا ، أفضل الصلاة والسلام: « ستجدني إن شاء الله صابرا ، ولا أعصي لك أمرا »[2] .

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني جـ ٣ ص ١٥٨ ، ١٥٩ .

(٢) الآية رقم ٦٩ سورة الكهف

وجه الاستدلال :

وعد موسى ، صلى الله عليه وسلم ، صاحبه بالصبر ، معلقا على مشيئة الله تعالى ، وصح هذا التعليق ، ولم يعتبر موسى مخلفا فى الوعد حينما لم يصبر على الأمور التى كان يفعلها أمامه العبد الصالح ، غير عالم بالدوافع والأسباب التى من أجلها يأتى بهذه الأمور ، فلولا صحة التعليق على مشيئة الله تعالى ، لصار موسى مخلفا فى الوعد بالصبر . والخلف فى الوعد لايجوز ، والنبى معصوم ، فدل ذلك على صحة التعليق على مشيئة الله تعالى ، وأنه لايقع به طلاق .

ومن ذلك أيضا قوله تعالى : « ولا تقولن لشىء إنى فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله »(١) .

وجه الاستدلال

أمر الله سبحانه وتعالى بألا يقول المؤمن أنه سيفعل أى أمر من الأمور فى المستقبل إلا إذا علق ذلك على مشيئة الله وإرادته ، بأن يقول : إن شاء الله ، فلو لم يكن التعليق على مشيئة الله حاصلا به صيانة الخبر عن الخلف فى الوعد لم يكن للأمر به معنى(٢) .

السنـــة

أما السنة فنها : ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: « من حلف بطلاق أو عتاق ، وقال إن شاء الله فلا حنث عليه » .

المعقول

قال الاحناف : إن تعليق الطلاق بمشيئة الله تعالى تعلق بما لايعلم

---

(١) الآيتان رقم ٢٣ ، ٢٤ من سورة الكهف
(٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص١٥٧

وجوده؛ لأنا لاندرى أنه شاء وقوع هذا الطلاق ، أو لم يشأ . على معنى أن وقوع هذا الطلاق هل دخل تحت مشيئة الله تعالى أو لم يدخل ، فإن دخل وقع وإن لم يدخل لايقع؛ لأن ماشاء الله كان وما لم يشأ لم يكن ؛ فيكون العلم اليقينى بوقوع الشرط المعلق عليه الطلاق غير موجود . والنكاح ثابت بيقين ، وما ثبت بيقين لا يزول بالشك فى إزالته ، أى أن الطلاق لايقع بالشك .

هذا ويرى الإمام محمد أن ربط الطلاق بمشيئة الله يعتبر إبطالا للطلاق من أصله . ولا يعتبر يميناً معلقة على المشيئة . والراجح هو مانقل عن أبى حنيفة من القول بما يوافق قول محمد .

تنبيهـــات

١ـ لايقال إن تعليق الطلاق هنا على مشيئة الله هو تعليق بأمر كائن فيقع الطلاق؛ لأننا لا نعلم هل شاء الله وقوع الطلاق فيقع ، أو لم يشأ فلا يقع ؛ فالأمر غير معلوم ، والطلاق لا يقع بالشك .

٢ ـ إذا علق وقوع الطلاق على مشيئة الله تعليقا تاما ، بأن قدم الجزاء على الشرط ؛ فقال : « أنت طالق إن شاء الله تعالى » فقد اتفق رأى الأحناف على عدم وقوع الطلاق كما سبق أن بيناه . وكذلك لو قدم شرط المشيئة على عبارة الطلاق وكان الربط تاما بأن قال الزوج لزوجته : « إن شاء الله فأنت طالق » حيث ذكر الفاء مقترنة بالجزاء .

لكن إذا لم يربط الجزاء ، المتأخر عن الشرط ، بالفاء بأن قال : « إن شاء الله أنت طالق » فما هو الحكم ؟ ... يرى أبو حنيفة وأبو يوسف ان الاستثناء جائز ، ولا يقع الطلاق . وقال محمد هو استثناء منقطع ، والطلاق واقع فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى إن اراد به الاستثناء .

وجهـة نظر الإمـام محمد

يرى الإمام محمد أن الجزاء لابد أن يتصل بالشرط فإذا تأخر الجزاء عن الشرط وجب اقتران الجزاء بالفاء ليتصل بالشرط ، فإذا ذكر الجزاء غير مقترن بالفاء لم يتصل الجزاء بالشرط ، فكانت عبارة المطلق: « إن شاء الله» استثناء منقطعا فلم يصح ، ويقع الطلاق ، كما إذا قال : إن دخلت الدار . أنت طالق؛ فإنه لايتعلق لعدم حرف التعليق وهو حرف الفاء ، فيبقى تنجيزاً فيقع الطلاق ، كذا هذا .

وجهـة نظر الإمام أبي حنيفة وأبي يوسف

قال الشيخان . إن قول المطلق : إنشاء لله أنت طالق ، كلام صدر من عاقل،وكلام العاقل يجب تصحيحه بقدر الإمكان؛ صيانة له عن اللغو والهذيان؛ فتضمر الفاء وقد ورد مثل ذلك فى كلام العرب؛ قال الشاعر :

من يفعل الحسنات الله يشكرها ∴ والشر بالشر عند الله مثلان

أى فالله يشكرها . فتقدر الفاء مضمرة فى هذا الكلام، وكأنه قال: إنشاء الله فأنت طالق،أو يجعل الكلام، فيه تقديم وتأخير؛ تصحيحاً للاستثناء كأنه قال: أنت طالق إن شاء الله تعالى . والتقديم والتأخير يجوز فى اللغة . وقد ورد منه الكثير فى كلام العرب .

هذا،والرأى أن هذا التصحيح للاستثناء مقبول ديانة لاقضاء ؛ لأن تقديرنا للفاء كأنها اقترنت بالجزاء فى قول المطلق إنشاء الله ، أنت طالق ، أو تقديرنا أن الجزاء مقدم على الاستثناء وكأنه قال : أنت طالق إنشاء الله ، هو تقدير لأمر تخالفه ظاهر العبارة فيصدق ديانة ولا يصدقه القاضى إذا إدعى المطلق ذلك أمام القضاء .

تعليق الطلاق على من تعرف مشيئته

هذا كله فيما اذا علق الطلاق على من لا تعرف مشيئته فإن علقه على مشيئة من تعرف مشيئته ، وكان التعليق تاما بأن ربط بين الشرط والجزاء فقال : « إن شاء محمد فانت طالق » أو « أنت طالق إن شاء محمد » فالطلاق موقوف على مشيئة محمد فى المجلس الذى يعلم فيه بالتعليق ؛ لأن هذا النوع من التعليق تمليك للطلاق لمن علق الطلاق على مشيئته ؛ وهو محمد هنا فى هذا المثال ، فيتقيد بالمجلس كسائر التمليكات .

الجمع بين المشيئتين

ولو جمع بين مشيئة الله تعالى ومشيئة العباد ، فقال لزوجته مثلا : « أنت طالق أن شاء الله تعالى وشاء محمد »فشاء محمد الطلاق لم يقع الطلاق؛ لأن المطلق علق وقوع طلاقه بشرطين ، لا يعلم وجود أحدهما ، والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما فقط ، كما لو قال المطلق ان شاء زيد وعمر فشاء أحدهما [1] .

٦ — الشرط السادس من شروط صحة التعليق أن لا يكون المقصود من التعليق المجازاة، والمؤاخذة، فلو كان المقصود به ذلك لم يكن تعليقاً فى الحقيقة، بل يكون تنجيزا للطلاق وذلك مثل أن يحتدم النزاع بين الرجل والمرأة فتصفه بأنه خبيث أو ماكر فيقول لها : إن كنت كما قلت فأنت طالق، فهذا تعليق بحسب الصورة لا غير ؛ لأنه ليس المقصود منه تعليق الطلاق على تحقق ذلك الشرط ، وهو كونه خبيثا ، ماكراً ، بل الغرض منه مجازاتها بإيقاع الطلاق عليها بسبب كلمتها السيئة ، فيقع الطلاق بذلك ، سواء أكان الرجل على ما وصفته المرأة أم لم يكن كذلك .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٦٠ .

حكم الطلاق المعلق

والطلاق المعلق على شيء لايقع إلا إذا حصل الشيء المعلق عليه[١] . وكانت المرأة وقت حصول الشيء المعلق عليه طلاقها زوجة للمعلق ، أو فى حكم الزوجة بأن كانت معتدة منه . فلو قال الزوج لزوجته : إن دخلت دار فلان فأنت طالق فدخلت هذه الدار فى حالة قيام الزوجية، أو بعد ماطلقها ، وكانت فى زمن العدة فإنه يقع الطلاق المعلق ، وتنحل اليمين، لاستنفادها أثرها بتحقق الشرط وترتب الجزء عليه .

أما إذا دخلت الدار بعد انقضاء عدتها فلا يقع الطلاق ، ولكن تنحل اليمين ، فلا يبقى لها أثر .

هذا ، إذا كان التعليق بأداة لاتفيد تكرار الفعل . أما إذا كان التعليق بأداة تفيد التكرار فالحكم كما يلى :

التعليق بأداة تفيد تكرار الفعل

إذا كان التعليق بأداة تفيد التكرار مثل : «كلما» فإنه يتكرر الطلاق بتكرر حصول الشرط مادام ذلك فى حل واحد ، وعصمة واحدة ؛ فإذا قال الرجل لزوجته : كلما دخلت دار فلان فأنت طالق فدخلتها مرة، وقع الطلاق ولا تنحل اليمين. فإذا دخلتها ثانية، وثالثة، فى حال العدة، أو فى زوجية[٢] أخرى، لكن لا بعد زوج آخر، فإنه تقع طلقة ثانية، وثالثة، بتكرار الدخول فإذا عادت المرأة إليه بعدزوال ذلك الحل، وبعدتزوجها بزوج أخر، ثم دخلت الدار فلا يقع

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج٣ص١٣٦

(٢) انظر فتح القدير ج ٣ ص ١٣٢ ، ١٣٣ ، ١٣٤

الطلاق؛ لأن الجزاء جزاء هذا الملك ولم يبق شيء فيها. وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء. ولو قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة وإن كان بعد زواج آخر... يقول صاحب الهداية[1]: «وألفاظ الشرط إن، وإذا، وإذا ما، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما، ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت اليمين؛ لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار فبوجود الفعل مرة، يتم الشرط، ولا بقاء لليمين بدونه، إلا في كلما؛ فإنها تقتضي تعميم الأفعال. فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء؛ لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا النكاح لم يبق الجزاء. وبقاء اليمين به وبالشرط. وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى وسنقرره من بعد إن شاء الله ولو دخلت «كلما» على نفس التزوج بأن قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، يحنث بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر؛ لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك غير محصور.

رأى لأبي يوسف:

وقال الكمال ابن الهمام: قوله: «ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة» أبداً؛ لأن الشرط ملك يوجد في المستقبل، وهو غير محصور. وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه. وعن أبي يوسف في المنتقى إذا قال: كلما تزوجت امرأة فهي طالق، فتزوج امرأة طلقت. فإن تزوجها ثانياً لا تطلق إلا مرة واحدة. ولو قال ذلك لمعينة: كلما تزوجتك، أو تزوجت فلانة تكرر دائماً. واستوضحه بما إذا قال كلما اشتريت ثوبا أو ركبت دابة لا يلزمه ذلك إلا مرة واحدة. والحاصل: أن «كلما» عند أبي يوسف إنما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة. وحقيقة البحث ادعاؤه اتحاد الحاصل بين كل

---

(١) انظر فتح القدير ج ٣ ص ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥.

وكلما، إذا نسب فعلها إلى منكر. فإن قلت بينهما فرق فإن كلا يقتضى عموم الأسماء وعموم الأفعال يثبت ضرورة ، . وكلما يقتضيه فى الأفعال وعموم الأسماء يثبت ضرورة . فإذا وجد فى لفظ (كل) اسم واحد انحلت فى حقه ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الأسماء . وفى كلما ، إذا وجد فعل انحلت باعتباره ، وبقيت فيما سواه من الأفعال المماثلة ، سواء تعلقت بما تعلق به الأول أولا . قلنا قد اعترفتم بثبوت عموم الأسماء ضرورة ، ولا حاجة إلى النظر إلى سببه ؛ إذ المقصود أنه يثبت العموم فى الأفعال والأسماء ، فصار الحاصل :كل تزوج لكل امرأة، وفى مثله تنقسم الآحاد ظاهراً ، على ما قرروا فى ركوب القوم دوابهم ، وجعلوا أصابعهم فى آذانهم ، فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت فى فعل انحلت فى اسمه فلا يتكرر الحنث فى امرأة واحدة . وهذا هو الجامع بين هذه المسألة ، وبين ما قاس عليه فى المسألتين[1] » .

اعتراض

وقال الكمال بن الهمام : « ويدفع بأن انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوى،وهو منتف؛ لأن دائرة عموم الأفعال، أوسع، لأن كثيراً من أفراده ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد . وقد فرض عمومه بكلما ، فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط[2] .

إضافة الطلاق إلى مشيئة الزوجة

فرق الأحناف بين إضافة الزوج الطلاق إلى مشيئة زوجته ، وبين تعليقه الطلاق على مشيئتها فقالوا :

ولو قال لها : أنت طالق متى شئت ، أو متى ما شئت ، أو إذا شئت ، أو إذا ما شئت ، أو كلما شئت : لايقع الطلاق ، ما لم تشأ . فإذا شاءت

(١،٢) فتح القدير جـ ٣ ، ١٠٠

وقع ؛ لأنه أضاف الطلاق إلى وقت مشيئتها ، ووقت مشيئتها هو الزمان الذي توجد فيه مشيئتها، فإذا شاءت فقد وجد ذلك الزمان فيقع ، ولا يقتصر هذا على المجلس . بخلاف قوله : إن شئت وما يجرى مجراه لأن هذا إضافة ،وذا تمليك[١] » .

وقال الأحناف أيضاً : لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق إن شئت ، فهو مثل قوله لها اختارى ، فيما عدا أنها لو شاءت تطليق نفسها ، وطلقت نفسها ، فالطلاق الواقع فى هذه الحالة هو طلاق رجعى لا بائن ؛ لأن المفوض هنا صريح، وهناك كناية[٢].

تعليق الطلاق على مشيئتها بلفظ يقتضى تكرار الفعل :

وقال الأحناف : لو أن الرجل قال لزوجته : أنت طالق كلما شئت ، يتكرر المعلق بتكرر الشرط، فلها أن تطلق نفسها مرة بعد أخرى حتى تطلق نفسها ثلاثا ؛ لأن المعلق بالمشيئة وإن كان واحداً ، وهو الثابت مقتضى قوله : أنت طالق ، وهو الطلاق ، لكنه علق المشيئة بكلمة كلما ، وأنها تقتضى تكرار الأفعال، فيتكرر المعلق بتكرر الشرط . وإذا وقع الثلاث عند المشيئات المتكررة يبطل التعليق عند الإمام وصاحبيه ، خلافا لزفر . حتى لو تزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول ، فطلقت نفسها لا يقع شيء . وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا فى كلمة واحدة ؛ لأن العبارة لا تقتضى إلا فعل وإيقاع طلقة واحدة، كلما شاءت . ولأن المعلق بكل مشيئة، والمفوض إليها تطليقة ،واحدة؛ فلا تملك الثلاث دفعة واحدة[٣] .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٣٤ .

(٢) » » » » ص ١٢١ .

(٣) » » » » ص ١٢١ .

أنت طالق كيف شئت

يرى أبو حنيفة أن الواقع طلقة فى الحال فيما إذا قال الرجل لزوجته: أنت طالق كيف شئت ؛ لأنه لم يعلق أصل الطلاق بالمشيئة ، بل المعلق بالمشيئة صفة الواقع . وتنفيذ مشيئتها بالمجلس .

رأى الصاحبين

يرى أبو يوسف ومحمد أنه لا يقع على المرأة طلاق إلا بمشيئتها ، إذ المعلق على مشيئتها هو أصل الطلاق ووصفه وتنفيذ مشيئتها بالمجلس ؛ لأن الكيفية [illegible] الصفة ، وقد علق الوصف بالمشيئة ، وتعليق الوصف بالمشيئة ، تعليق لأصل الطلاق بالمشيئة فى هذه الحالة ، لاستحالة وجود الصفة بدون الموصوف . وإذا تعلق أصل الطلاق بالمشيئة فلا يقع الطلاق ما لم يوجد ما علق عليه وهو المشيئة .

توضيح رأى أبى حنيفة

يرى أبو حنيفة أن الزوج بقوله أنت: طالق كيف شئت ، قد أوقع أصل الطلاق للحال ، وفوض تكييف الواقع إلى مشيئتها ؛ لأن الكيفية للموجود لا للمعدوم ؛ إذ المعدوم لا يحتمل الكيفية ، فلا بد من [illegible] أصل الطلاق لتتخير هى فى الكيفية .

لهذا قال بعض محقق المذهب فى تعليل المسألة لأبى حنيفة : إن الزوج كيف المعدوم ، والمعدوم لا يكيف ، فلا بد من الوجود ومن [illegible] الوجود الوقوع .

تكييف الزوجة لطلاقها

وإذا شاءت المرأة المفوض إليها طلاق نفسها فى مجلسها فإن لم ينو الزوج

تبينونه ، ولا الثلاث [illegible]

لأن الزوج فوض الكيفية إليها . فإن نوى الزوج البينونة، أو الثلاث، فإذا وافقت مشيئتها نية الزوج بأن قالت فى مجلسها : شئت واحدة بائنة ؛ أو ثلاثا : وقال الزوج : « ذلك نويت » . فالواقع حينئذ طلقة واحدة بائنة أو ثلاث .

تعليل ماتقدم

قال الأحناف : إن الزوج لو لم تكن منه نية وقالت المرأة : « شئت واحدة بائنة » أو ثلاثا » ، كان الواقع ماشاءت . فإذا وافقت مشيئتها نية الزوج ، فيقع ماتوافقت عليه مشيئتها من باب أولى .

اختلاف مشيئة المرأة ونية زوجها :

الحالة، حالتان الأولى : لو قالت المرأة شئت ثلاثا، وقال الزوج : «نويت واحدة » فى هذه الحالة يختلف رأى الامام مع رأى صاحبيه حسب البيان التالى .

رأى أبى حنيفة

قال أبو حنيفة : لو خالفت مشيئة المرأة نية الزوج بأن قالت : شئت ثلاثا . وقال الزوج : نويت واحدة . لايقع بهذه المشيئة شىء آخر سوى تلك الواحدة الواقعة بقوله : « أنت طالق » ، إلا إذا قالت : شئت واحدة ثانية ، فتصير تلك الطلقة ثانية .

رأى الصاحبين :

وقال الصاحبان : لايقع الا طلقة واحدة بناء على مشيئتها .

الحاله الثانية .

لو قالت المرأة : شئت واحدة ، وقال الرجل . نويت الثلاث . فى هذه الحالة ، لايقع شىء بهذه المشيئة باتفاق الامام وصاحبيه ، لأن المذهب

عندهم : أنه إذا قال لها : طلق نفسك ثلاثا إن شئت ، فطلقت نفسها واحدة لايقع بهذه المشيئة شيء فى قولهم جميعا . إلا أن أبا حنيفة ، يرى أنه قد وقعت طلقة واحدة بقول الرجل لها : « أنت طالق » دون نظر إلى قوله : « كيف شئت »

٣ — إذا لم تشأ المرأة شيئا ولا نية للزوج

وإذا قال لها : « أنت طالق كيف شئت » ولم تشأ المرأة شيئا حتى قامت من مجلسها ولا نية للزوج ، أونوى واحدة ، تقع طلقة واحدة ، يملك الزوج رجعتها. وهذا عند أبي حنيفة ؛ لأنها أقل ، وهى متيقن بها . وقال الصاحبان : لايقع شيء ، وإن شاءت ، لخروج الأمر عن يدها .

تعليق الزوجة مشيئتها على أمر

ولو علق الزوج طلاق زوجته على مشيئتها بقوله . « أنت طالق إن شئت ؛ فقالت شئت إن كان كذا . . . فيرى الكاسانى (٢) (وهو من كبار الفقهاء الأحناف) أن الامر لايخلو عن حالتين :

الحالة الأولى

فاذا علقت مشيئتها على شيء موجود ، كأن تقول: شئت إن كان هذا أبي ، مشيرة إلى أبيها ، أو إن كانت هذه أمى ، مشيرة إلى أمها ، أو أن كان هذا نهارا ، وكان الوقت نهارا ، ونحو ذلك؛ فى هذه الحالة يقع الطلاق ؛ لأن هذا تعليق للطلاق بشرط كائن ، والتعليق بشرط كائن ، تنجيز .

الحالة الثانية

أما إذا علقت مشيئتها بشيء غير موجود؛ فقالت: شئت إن شاء فلان

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج٣ ص ١٢٢ وفتح القدير — الكمال ابن الهمام ج٣ ص ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٤

(٢) المصادر السابقة .

فقد أخرجت الأمر من يدها ، فلا يقع طلاق، ولو شاء هذا ، لأن الزوج فوض اليها أن تنجز طلاقها ، وهى بتعليقها مشيئتها على مشيئة الغير قد أبت التنجيز . والتنجيز غير التعليق ؛ لأن التنجيز تطليق ، والتعليق يمين ، فلم تأت بما فوض إليها ، وأعرضت عنه ؛ لاشتغالها بغيره ، فيبطل التفويض.[1]

تعليق الطلاق على مشيئة الغير أو فعله

وفرق الأحناف بين تعليق الزوج طلاق زوجته على مشيئة الغير تطليقها ، وبين تعليقه طلاقها على فعل الغير؛ فقالوا .

لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق إن شاء فلان، يتقيد هذا التفويض بمجلس علم فلان ؛ فإن شاء فى مجلس علمه وقع الطلاق . وكذلك إذا كان غائبا وبلغه الخبر ، فإن التفويض بالطلاق يقتصر على مجلس علم هذا الغائب الذى علق الزوج طلاق زوجته على مشيئته . وعلل الاحناف لرأيهم هذا بقولهم : إن قول الزوج لزوجته أنت طالق إن شاء فلان هو تمليك الطلاق لهذا الذى علق الزوج طلاق امرأته على مشيئته ، فيتقيد بالمجلس .

أما لو قال الرجل لزوجته : « أنت طالق إن دخل فلان الدار فالطلاق يقع إذا وجد الشرط فى أى وقت وجد ، ولا يتقيد بالمجلس ؛ لأن العبارة تفيد تعليق الطلاق على شرط والتعليق بالشرط لا يتقيد بالمجلس ؛ لأن معناه إيقاع الطلاق فى زمان ما بعد الشرط ، فيقف الوقوع على وقت وجود الشرط؛ ففى أى وقت وجد الشرط يقع ما علق عليه وهو الطلاق [2] .

رفض المرأة لا يعتبر إسقاطا لحقها

وقال الاحناف : لو أن الرجل علق طلاق المرأة على مشيئتها بالكلمات :

(١ ، ٢) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٢٢

متى، أو متى ما ، أو إذا، أو إذا ما، بأن قال لها : أنت طالق إذا شئت ، أو إذا ماشئت ، أو متى شئت ، أومتى ماشئت، فردت بأن قالت : لاأشاء ، لايكون ردا ، ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس . وقال الأحناف في توضيح هذا الرأى ماياتى :

إن كلمة متى موضوعة لعموم الأوقات فكأن الرجل قال لامرأته : أنت طالق فى أى وقت شئت فهو قد ملكها حق إيقاع الطلاق وقت أن تشاء إيقاعه فلا يرتد بردها ؛ لأنه لم يملكها فى الحال شيئا بل أضافه إلى وقت مشيئتها ، فلا يكون تمليكا قبله فلا يرتد بالرد .

وكلمة إذا ، أو إذا ما، هما ومتى، سواء عند أبي يوسف ومحمد فما كان حكما لمتى يكون حكما لإذا وإذا ما . وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه وإن كانت إذا وإذا ما يستعملان للشرط كما يستعملان للوقت مجردا عن الشرط لكنه يرى أنه وقد صار أمر الطلاق بيد المرأة بقول الرجل : لها أنت طالق متى شئت ، أو إذا ما شئت، فلا يخرج هذا الأمر من يدها بالشك، وهو : هل يراد بالعبارة هنا تعليق الطلاق على شرط أو يراد بها بكلمة « إذا أو إذاما » الوقت دون الشرط ؟ والثابت يقينا أن إذا قد تستعمل للوقت كمتى مجردة عن الشرط كما قد تستعمل للزمن مقرونا به الشرط ؛ فاستعمالها للزمن متيقن . والقاعدة أن كل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لايحكم بزواله إلا بيقين، فلو نظرنا الى ان كلمة إذا للشرط يخرج الأمر من يد المرأة بقيامها من المجلس كما فى قوله لها: طلقى نفسك إن شئت . ولو نظرنا إلى كون كلمة إذا للوقت لايخرج الأمر من يدها فلا يخرج بالشك ... وقال الكمال ابن الهمام موضحا هذا الموضوع: « إن قوله إذا شئت يحتمل أنه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها ، وأنه أضافه إلى زمانه ، وعلى كل من التقديرين ، لا يرتد بالرد حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت : شئت ذلك الطلاق ، أو قالت طلقت نفسى ، وقع ؛ معلقا كان أو مضافا » .[1]

(١ ، ٢) فتح القدير جـ ٣ ص ١٢٠ ، ١٢١

التفويض يقتصر على الملك القائم

لو علق الرجل طلاق زوجته على مشيئتها بلفظ يفيد تكرار الفعل بأن قال لها : « أنت طالق كلما شئت » فللمرأة أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا بشرط أن يكون ذلك فى الملك القائم الذى وجد فيه التفويض ؛ فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فتزوجت بآخر ثم طلقت منه وبعد انقضاء عدتها عادت إلى زوجها الأول ، ثم طلقت نفسها منه وقع الطلاق ؛ لأن التفويض يتعلق بالملك القائم لا إلى عدم الملك الذى هو معنى الملك المعدوم[1] .

لكن الامر يختلف فيما إذا طلقت ثلاثا ثم تزوجت بزوج آخر بعد انقضاء عدتها ثم طلقت من الزوج الثانى وعادت فتزوجت الأول ثم طلقت نفسها منه فإنه لا يقع شئ ؛ لأنه ملك مستحدث[2] .

التفويض قد يشمل أكثر من طلقة

أبان فقهاء الحنفية أن الرجل لو قال لزوجته: طلقى نفسك كلما شئت أن لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا ، لأن كلما تفيد تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك. وقالوا: إن الزوجة ليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة؛ لأن كلما توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الايقاع جملة واحدة . وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين ؛ فلو طلقت نفسها ثلاثا أو ثنتين وقعت طلقة واحدة عند الصاحبين . وقال أبو حنيفة: لا يقع شىء . وقال الأحناف : لو أن التفويض كان بعبارة تفيد التفويض فى العدد كان لها أن تطلق نفسها واحدة ، أو ثنتين أو ثلاثا. فلو قال رجل لزوجته : « أنت طالق كم شئت » ، أو ماشئت طلقت نفسها ماشاءت. ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق. بخلاف مسألة: كيف شئت.

(١ ، ٢) فتح القدير ج ٣ ص ١٢٥، ١٢١ هذا وننبه الى أن هذا الأمر مبنى على أمر هو موضع اختلاف عند الأحناف وهو: هل يهدم الزواج الثانى مادون الثلاث من طلقات باقية للزوج الأول أم لا؟ وسنعرض [illegible] إزاء هذا الموضوع [illegible]

وهذا لأن كم اسم للعدد فكان التفويض فى نفس العدد . والواقع ليس إلا العدد إذا ذكر فصار التفويض فى نفس الواقع فلا يقع شىء مالم تشأ . قال الكمال ابن الهمام : والقياس ألا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا ، كما لا يباح للزوج، لكن روى الحسن عن أبى حنيفة أنه يباح لها فى التنجيز. ووجهه ماذكره فى الفوائد الظهيرية فى المسألة الآتية ، قال : لو طلقت نفسها ثلاثا على قولهما أو ثنتين على قول أبى حنيفة لا يكره ؛ لأنها مضطرة إلى ذلك؛ لأنها لو فرقت خرج الأمر من يدها . بخلاف مالو أوقع الزوج ذلك . وعلى هذا فما فى أصل رواية الجامع الصغير فى هذه المسألة من قوله : إن شاءت طلقت نفسها واحدة أو ثنتين ، أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها ، لا يحتاج إلى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة .

التفويض « بطلق نفسك كم شئت » يتقيد بالمجلس

وقال الأحناف: إن التفويض للمرأة بتطليق نفسها ماشاءت أو كم شاءت ، يتقيد بمجلس التفويض. ويبطل استعمال هذا الحق برد المرأة استعماله ، وبخروجها من مجلس التفويض دون أن تشاء طلاق نفسها ؛ لأن هذا أمر واحد وهو خطاب فى الحال: « أنت طالق كم شئت ، أو ما شئت » فيقتضى الجواب فى الحال . أما التفويض بكلمة إذا ومتى فهو تمليك منجز غير مضاف إلى وقت فى المستقبل.

طلقى نفسك من ثلاث ماشئت

ولو قال الرجل لزوجته : طلقى نفسك من ثلاث إذا شئت » فأبو حنيفة يرى أن لها أن تطلق نفسها طلقة واحدة ، أو طلقتين فقط . أما أبو يوسف ومحمد فيريان أن لها الحق فى أن تطلق نفسها ثلاثا أو دون الثلاث .

توضيح رأى أبى حنيفة :

يرى أبو حنيفة أن كلمة من حقيقة فى التبعيض ، وكلمة ما للتعميم فعمل

بهما من حيث أن يجعل المراد بعضا عاما ، والثنتان كذلك ؛ لأنه بالنسبة إلى الواحدة عام، وبالنسبة إلى الثلاث بعض. ولا يقال: إنه على هذا الاعتبار لا يتناول الواحدة؛ لأنه ليس بعام؛ لأن اللفظ هنا ليس بعام؛ لأنه يرد على ذلك بأن الواحد هنا يتناوله هذا التعبير دلالة ـ وإذا كان العمل بالحقيقه ممكنا فلا يهمل العمل بها. ولذلك يراد بمن حقيقتها وهو التبعيض وبما التعميم فى قول الرجل لزوجته : «طلق نفسك من ثلاث ماشئت» فكان لها أن تطلق نفسها دون الثلاث فقط .

أما وجهة نظر الصاحبين فهى : ان كلمة « ما » فى قول الرجل ماشئت محكمة فى العموم . وكلمة من فى قوله « من ثلاث » كما تستعمل للتبعيض ، تستعمل للبيان والتمييز كما فى قوله تعالى « فاجتنبوا الرجس من الأوثان» وقد تكون لغير ذلك فاجتمع فى كلام الرجل المحكم ، والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم، ويجعل بيانا له، أى بيانا للجنس ، أى بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الاعداد منه ، وإن كان لا يتصور فى الطلاق عدد إلا الثلاث فذلك شرعا . أما فى الإمكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وأن كان حكمه فى الشرع المنع . فالمعنى طلق نفسك العدد الذى هو الثلاث دون سائر الأعداد[1] وصار قول الرجل لزوجته : طلق نفسك من ثلاث ماشئت كقول الرجل لآخر كل من طعامى ماشئت ، أو طلق من نسائى من شئت فله أكل الكل ـ وله أن يطلق كل نسائه .

مناقشة وجهة نظر الصاحبين

واعترض على الصاحبين بأن ما استشهدا به قد ترك إرادة التبعيض من كلمة « من » لقرينة هى اظهار السماحة ، أو لعموم الصفة . وهى المشيئة فإن النكرة إذا اتصفت بصفة عامة تعم . كذلك يقال : أن ما فى قول الرجل

(١) فتح القدير جـ٣ ص ١٢٤ ، ١٢٥ والعناية على الهداية للبابرتى على هامش فتح القدير جـ٣ ص ١٢٤ ، ١٢٥

لزوجته طلقي نفسك من ثلاث ماشئت » نكرة موصوفة بالجملة ، والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد في العدد « الثلاث » مزيل من إبهامه فلا حاجة إلى استعمال من للبيان [1] .

المذهب الشافعي

الطلاق المعلق والمضاف :

ذكر الشافعية في كتبهم تحت عنوان : «تعليق الطلاق » الطلاق المعلق على شرط ، والطلاق المسند إلى زمن.... ففي أسنى المطالب شرح روض الطالب [2] ما يأتي : تعليق الطلاق جائز كالعتق ؛ لأنه قد يكره طلاقها فيدفع بتعليقه تنجيزه . واستأنسوا له بخبر ا « المؤمنون عند شروطهم » رواه أبو داود بإسناد حسن ولا يجوز الرجوع فيه كالحلف؛ ولا يقع الطلاق قبل وجود الشرط . ولو كان معلوم الحصول، أو قال عجلته لتعلقه بالوقت المستقبل، كالجعل في الجعالة ، وصوم يوم معين نذره ، وقضية كلام أصله : أنه لا يقع في الحال طلقة بقوله عجلت الطلاق المعلق . قال الأسنوى : وليس كذلك ، بل يقع في الحال طلقة جزما . وإنما الخلاف في وقوع أخرى عند وجود الصفة كما ذكره وغيره . . »

وقال صاحب مغني المحتاج : « فصل في تعليق الطلاق بالاوقات وما يذكر معه ؛ قال : أنت طالق في شهر كذا ، أو في غرته ، أو رأسه ، أو أوله ، أو دخوله ، أو مجيئه ، أو ابتدائه ، أو استقباله ، أو أول آخر أوله وقع الطلاق بأول جزء من الليلة الأولى منه ، أى معه؛ لتحقق الاسم بأول جزء منه . ووجهه في شهر كذا أن المعنى إذا جاء شهر كذا ، ومجيئه يتحقق

---

(١) المصادر السابقة .

(٢) الجزء الثالث لخاتمة أئمة المحققين ونخبة الفضلاء المدققين شيخ الاسلام أبي يحيى زكريا الأنصاري ص ٣٠١ .

بمجيء أول جزء منه . والاعتبار فى دخوله ببلد التعليق ، فلو علق ببلده ، وانتقل الى أخرى ، ورأى فيها الهلال وتبين أنه لم ير فى تلك لم يقع الطلاق بذلك ، قاله الزركشى . وظاهره كما قال شيخنا أن محله إذا اختلفت المطالع[1] .

شروط صحة التعليق :

قال الرملى : يشترط فى التعليق بدخول الدار ، ونحوه : أن يعزم على الشرط قبل فراغ اليمين ، وأن يتصل الشرط بالطلاق ، وأن يتلفظ بالشرط بلسانه ، بحيث يسمع نفسه . ولا يشترط هنا أن يسمع غيره بخلاف الاستثناء[2] .

الطلاق المعلق على وقت

إذا أضاف الزوج طلاق زوجته إلى وقت معين ، وقع الطلاق بوجود أول جزء من الوقت الذى اسند إليه الطلاق . فإذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق فى نهار شهر كذا ، أو فى أول يوم من شهر كذا فيقع الطلاق بطلوع فجر أول يوم من هذا الشهر الذى عينه وإذا قال: أنت طالق شهر يناير مثلا وادعى أنه أراد وسط الشهر أو آخره صدق ديانة لاحتمال عبارته هذا الادعاء . وإن قال : أنت طالق فى آخر شهر كذا ففى المذهب رأيان ارجحهما أن الطلاق يقع فى آخر جزء من الشهر . والرأى الثانى وهو المرجوح أن الطلاق يقع فى أول النصف الآخر من الشهر ؛ إذ النصف الثانى من الشهر يطلق عليه آخر الشهر فيقع بأوله . والأول أرجح كما قلنا؛

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٣١٣ .

(٢) حاشية شيخ الشيوخ ، وخاتمة أهل الرسوخ الشهاب أبى العباس أحمد الرملى الكبير على هامش اسنى المطالب شرح روض الطالب جـ٣ ص ٣٠١ .

لأنه يسبق إلى الظن عند ذكر عبارة : آخر الشهر أن المراد هو آخر جزء من الشهر[١] .

إضافة الطلاق إلى زمن حال :

وقال الشافعية : لو أن الرجل أضاف الطلاق إلى زمن موجود بأن قال مثلا : أنت طالق فى رمضان وهو فيه . فإنها تطلق فى الحال . أما لو قال : أنت طالق فى أول رمضان أو إن جاء رمضان . فتطلق فى أول رمضان القابل ؛ لأن التعليق إنما كان قاله ليلا ؛ ويلغو ذكر اليوم ؛ لأنه لم يعلق ، وإنما أوقع وسمى الوقت بغير اسمه وقال الأذرعى : لو ادعى أنه أراد اليوم التالى وقد كان علق طلاق امرأته بعبارته السابقه أثناء الليل، فينبغى أن يقبل منه ، حتى لا يقع قبل الفجر .

تعليق الطلاق على مضى زمن :

لو علق الرجل طلاق زوجته على مضى زمن معين وقع الطلاق بعد مضى الزمن الذى حدده ؛ فمن قال لزوجته : أنت طالق بعد شهر فبمضى ثلاثين يوما تطلق ، فإن كان التعليق ليلا فبمضى قدره أى ما سبق منه على التعليق من يوم إحدى وثلاثين تطلق . وإن كان نهارا يكمل بقدر ماسبق منه على التعليق من يوم إحدى وثلاثين فإن اتفق انه علق وقت ظهور هلال أوائل الشهر كفى مضى الشهر تاما أو ناقصا .

قال صاحب اسنى المطالب : وظاهر أن محلها أن يعلق فى غير اليوم الأخير ،فإن علق فيه كفى بعده شهر هلالى كما مر فى السلم[٢] .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٣١٣، أسنى المطالب شرح روض الطالب الشيخ زكريا الأنصارى جـ٣ ص ٣٠٢ .

(٢) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ ص ٣٠٣ ؛ ٣٠٤ .

تنبيـه :

التعليق بمضى شهر أو سنة يقصد بذلك الشهر الهلالى ، والسنة العربية. فإذا علق رجل طلاق زوجته بانقضاء سنة فتطلق بانقضاء اثنى عشر شهرا بالأهلة التامة ويتمم المنكسر من الثالث عشر إن وقع كسر بأن علق فى أثناء الشهر ؛ فلو قال الرجل : أردت بالسنة ، منكرة أو معرفة ، سنة رومية ، أو فارسية، لم يقبل قوله ظاهرا، ويدين؛ لاحتمال ما قاله . قال الأذرعى: نعم لو كان ببلاد الروم ، أو الفرس، فينبغى قبول قوله[1] .

الشك فى مضى المدة

لو شك الرجل فى مضى مدة من التعليق : هل تم العدد أو لا ؟ عمل باليقين ، وحل له الوطء حال التردد ؛ لأن الأصل عدم مضى العدد، والطلاق لا يقع بالشك[2] .

إضافة الطلاق إلى زمن ماض :

إذا أضاف الرجل طلاق زوجته إلى زمن مضى كأن يقول لها مثلا : أنت طالق أمس ، أو فى الشهر الماضى ، أو السنة الماضية؛ ففى المسألة تفصيل، بيانه ما يأتى :

أولا - إذا قصد الرجل إيقاع الطلاق فى الحال مستندا إلى الزمن الماضى الذى ذكره؛ ففى المذهب رأيان : أصحهما أن الطلاق يقع فى الحال، ولغا قصد الاستناد إلى الماضى ؛ لاستحالته - والقول الثانى : أنه لا يقع بهذا القول طلاق ، لأنه إنما أوقع طلاقا مستندا ، فإذا لم يمكن استناده ، وجب ألا يقع . ومثل هذه الحالة حالة ما إذا قصد بتعليقه إيقاع الطلاق

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ ص ٣٠٣ ، ٣٠٤ .

(٢) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٣١٤ ، وأسنى المطالب جـ٣ ص ٣٠٤

فى الماضى (امس ، أو الشهر الماضى ، أو السنة الماضية) أو قال : لم أرد شيئاً ، أو تعذر الرجوع إليه لمعرفة قصده وذلك لموته، أوجنونه، أو إصابته بالخرس ، ولا إشارة له مفهمة ، لكن فى صورة قصد إيقاعه أمس يقع فى الحال على المذهب المنصوص .

ثانياً — إذا لم يقصد الرجل من قوله لامرأته : أنت طالق أمس إنشاء طلاق لا حالا ، ولا ماضيا، بل قصد الإخبار بالطلاق ، وهو أنه طلق أمس فى هذا النكاح ، وهى الآن معتدة من طلاق بائن ، أو رجعى ؛ فإن الرجل يصدق بيمينه فى ذلك ، لقرينة الإضافة إلى أمس . وتحسب عدة المرأة من الوقت الذى ذكره إن صدقته . وإن كذبته ، أو قالت: لاعلم لى ، تحسب عدتها من حين إقراره بالطلاق .

ثالثاً — لو ادعى الرجل أنه لا يريد طلاقها فى هذا النكاح ، بل يقصد بما قال أنه طلقها فى نكاح آخر غير نكاحه هذا ، وأنها بانت منه ، ثم جدد نكاحها ، أو يقصد الإخبار عن واقعة أخرى حدثت لهذه المرأة وهى : أنها كانت متزوجة من زوج آخر فى نكاح سابق ثم طلقها هذا الزوج - وفى هذه الحالة إن صدقت الوقائع والقرائن ادعاء هذا الرجل بأن كان للمرأة نكاح سابق ، وطلاق فيه ، بأن احضر بينة على ذلك ، أو دلت القرائن على ذلك - صدق الرجل بيمينه فى إرادة ما ادعاه . وإن صدقته المرأة فيما ذكره صدق فى ادعائه بلا يمين . وإن لم يعرف ما ذكره الرجل فلا يصدق ، ويقع الطلاق منجزا فى الحال ؛ لبعد دعواه . وقد نقل صاحب مغنى المحتاج عن الشرح الصغير عن الإمام : أنه ينبغى أن يقبل ادعاء هذا الرجل فيما قاله لاحتماله[1] ثم صوب بعد ذلك الرأى الأول. وقال صاحب أسنى المطالب: ولو قال : أنت طالق أمس، طلقت فى الحال ، سواء أراد وقوعه أمس أو

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٣١٥ .

فى الحال مستندا إلى أمس ، أو لم يرد شيئا ، أو مات . أو جن قبل بيان الإرادة ، أو خرس ولا إشارة له مفهمة ؛ لأنه خاطبها بالطلاق ، وربطه بممتنع ، فيلغو الربط ، ويقع الطلاق ؛ كما لو قال : أنت طالق للبدعة ، ولا بدعة فى طلاقها . فإن أراد الإخبار بأنه طلقها أمس فى هذا العقد ، وقد راجعها ، أو وهى الآن معتدة ، أو بائن، قبل منه ؛ لقرينة الإضافة إلى أمس . واعتدت من أمس، إن صدقته، ويبقى النظر فى أنه كان يخالطها أولا، كما يأتى بيانه فى العدد . وإن لم تصدقه ، فمن الإقرار تعتد . وإن قال أردت أنها طلقت أمس منى فى عقد غير هذا العقد أو من زوج آخر قبلى، قبل منه إن عرف عقد سابق ، وطلاق فيه ببينة ، أو غيرها ، سواء أصدقته ، فى إرادته ، أم لا . ويخالف ما مر حيث لم يحتج فيه إلى معرفة ذلك، لاعترافه ثم بطلاق فى هذا العقد، وهنا أراد صرفه عنه ، وإن لم يعرف ذلك، فلا يقبل منه ، ويحكم بطلاقها فى الحال. وهذا ما فى المنهاج كأصله، والشرح الصغير، ونقله الإمام والبغوى عن الأصحاب . ثم ذكر، أعنى، الإمام، احتمالا جرى عليه فى الروضة ، تبعاً لنسخ الرافعى السقيمة . وهو أنه ينبغى أن يقبل منه لاحتماله. ولها إن لم تصدقه تحليفه أنه أراد ذلك، أى أنها طلقت فى هذا العقد ، أو فى عقد غيره[1] .

فروع :

لو قال الرجل لزوجته : « أنت طالق قبل أن تخلقى » قال الصيمرى : طلقت إذا لم تكن له إرادة . ولو قال لها نهارا : « أنت طالق غدا أمس ، أو أمس غد » بالإضافة ؛ وقع الطلاق فى الحال؛ لأن غدا أمس، وأمس غد هو اليوم . فإن قاله ا[illegible] وقع غدا فى الأولى ، وحالا فى الثانية . ولو قال : أنت طالق أمس غدا ، [illegible] أمس بغير إضافة لغا ذكر أمس ، ووقع

---

(١) اسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ ص ٣٠٤ .

الطلاق فى الغد ؛ لأنه علقه بالغد وبأمس ، ولا يمكن الوقوع فيهما ، ولا الوقوع فى أمس ، فيتعين الوقوع فى الغد لإمكانه ، ولو قال : أنت طالق اليوم غدا، وقع طلقة فى الحال ، ولا يقع شيء فى الغد ؛ لأن المطلقة اليوم طالق غدا ، ويحتمل أنه لم يرد إلا ذلك . ولو أراد بذلك وقوع نصفها اليوم ، ونصفها الآخر غدا ، وقع طلقة فقط فى الحال ؛ لأن ما أخره تعجل . فإن أراد نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غدا وقع طلقتان إلا أن تبين بالأولى .

إضافة الطلاق إلى زمن حال مع تعليقه على فعل

ولو أضاف الطلاق إلى زمن حال وعلقه على فعل شيء أو تركه فلا يقع الطلاق ، فمن قال لزوجته: أنت طالق الساعة إن دخلت الدار أو أنت طالق الساعة إذا جاء الغد ، لغا كلامه، ولم تطلق، وإن وجدت الصفة؛ لأنه علقه بوجودها فلا يقع قبله ، وإذا وجدت فقد مضى الوقت الذى جعله محلا للايقاع[١] .

رأى آخر :

نقل الرملى فى حاشيته رأيا بوقوع الطلاق فوراً فى الحالة السابقة فقال: « قوله : ولو قال : أنت طالق اليوم إذا جاء الغد ، أو إن جاء الغد فأنت طالق اليوم فقد جزم الغزالى فى كتابه غاية الفوز فى دراية الدور : بأنه يقع الطلاق فى الحال . قال البلقينى : وهو عندنا ممنوع . ولا فرق بين ذلك وبين المسألة المسطورة . وقد بينا ذلك فى الفوائد المحضة على الرافعى والروضة »[٢] .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٣١٥ ، وأسنى المطالب جـ٣ ص ٣٠٥
(٢) حاشية الرملى بهامش [illegible] جـ ٣ ص ٣٠٥ -

الطلاق المعلق على شرط

أدوات التعليق :

من أدوات التعليق إن نحو: إن دخلت الدار فأنت طالق، ومن (بفتح الميم) كمن دخلت من نسائى فهى طالق، وإذا، ومتى، ومتى ما، وكلما، وأى. وإذا ما، على رأى سيبويه، ومهما، وهى بمعنى ما، وما الشرطية، وإذ ما، وأياما، وإيان وهى كمتى فى تعميم الأزمان. وأين، وحيثما لتعميم الأمكنة، وكيفما للتعليق على الأحوال.

قال صاحب المغنى: « فى فتاوى الغزالى: إن التعليق يكون بلا، فى بلد عم العرف فيها، كقول أهل بغداد: أنت طالق لادخلت الدار. ويكون التعليق أيضاً بلو كانت طالق لو دخلت الدار كما قاله الماوردى »[1].

ما تقتضى التكرار :

ولا يقتضى من أدوات التعليق التكرار إلا كلما، فإنها تقتضى التكرار وضعا واستعمالا ولا يقتضى أدوات التعليق المذكورة، بالوضع، دورا فى المعلق عليه، ولا تراخيا إن علق بمثبت إلا فى الخلع والتعليق بالمشيئة؛ فنى بعض صيغه [illegible] ية، كإن وإذا، فمن قال لزوجته: إن ضمنت لى مالا قدره كذا فأنت [illegible] بد من الفورية فى قبولها؛ لأن هذا من قبيل المعاوضات، وهى تقتضى الفوريه فى القبول؛ لأن القبول لابد وأن يكون غير متراخ عن الإيجاب. ومن قال لزوجته: أنت طالق إن شئت، أو إذا شئت فإنه يعتبر الفور فى المشيئة؛ لأن هذا على الصحيح بمثابة تحليل للزوجة تطليق نفسها، وهذا بخلاف متى شئت. كذلك أدوات التعليق المذكورة

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٣١٦. ويراجع أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ ص ٣٠٧ —

جميعها لا تقتضى تكرارا فى المعلق عليه ، بل إذا وجد مرة واحدة فى غير نسيان ، ولا إكراه ، انحلت اليمين ، ولم يؤثر وجودها ثانياً . إلا «كلما» وذلك لأن إن تدل على مجرد الفعل الذى بعدها ، وكذا أسماء الشرط. أما «كلما» فإن التعليق بها يقتضى التكرار فى المعلق عليه بالوضع . والاستعمال.

التعليق بنفى فعل :

إذا استعملت أدوات التعليق فى تعليق الطلاق بنفى فعل كدخول ، أو نفى تطليق ، أو ضرب ، أو غير ذلك، فالمذهب أنه إن علق بإن ، كإن لم تدخلى الدار فأنت طالق، وقع الطلاق عند اليأس من الدخول للدار، وذلك بأن يموت أحدهما ، أو يجن الزوج جنونا متصلا بموته فيقع الطلاق إذا بقى مالا يسع التطليق . أما إذا كان تعليق الطلاق بأداة من أدوات التعليق غير «إن» كالتعليق بإذا مثلا فعند مضى زمن يمكن فيه ذلك الفعل المعلق عليه من وقت التعليق ولم يفعل يقع الطلاق . وقال فقهاء الشافعية تعليلا لذلك : إن (إن) حرف شرط لا إشعار لها بالزمان، وإذا ظرف زمان كمتى فى التناول للأوقات ، بدليل أنه إذا قيل متى ألقاك صح أن يقول إذا، أو متى شئت أو نحوهما ، ولا يصح إن شئت ، فقول الرجل لزوجته : إن لم أطلقك معناه ، إن فاتنى تطليقك ، وفواته باليأس ، وقوله : إذا لم أطلقك معناه أى وقت فاتنى فيه التطليق، وفواته بمضى زمن يتأتى فيه التطليق ولم يطلق. أما غير إن وإذا من الأدوات كمتى ، ومتى ما فهى للفور قطعا . وقال صاحب مغنى المحتاج : لو أن الرجل قال: أردت بإذا معنى إن قبل ادعاؤه باطنا وكذا ظاهرا ؛ لأن كلا منهما قد يقوم مقام الآخر .[1] وإن أراد بإن معنى إذا قبل ظاهرا لأنه غلظ على نفسه ، وإن أراد بغير «إن» وقتا معينا

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٣١٧ ، ٤٨١ أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ٣ ص ٣١٠ ، ٣١١

قريبا ، أو بعيدا ، دين لاحتمال ما أراد . فان قيل: قد قلتم: إنه إذا أراد باذا معنى ان أنه يقبل ظاهرا، وهنا ليس كذلك. أجيب بأنه ثم، أراد بلفظ، معنى لفظ آخر ، بينهما اجتماع فى الشرطية ، بخلافه هنا » .

انحلال اليمين

وقال صاحب أسنى المطالب : فإن كان التعليق بصيغة « إن لم اطلقك» فلا تطلق إلا عند اليأس من الطلاق بأن يموت أحدهما ، أو يجن الزوج جنونا متصلا بموته فيقع قبيل الموت أو الجنون بحيث لا يبقى زمن يمكنه أن يطلقها فيه : لانتفاء التكليف بكل منها . وإنما لم يحصل اليأس بمجرد جنونه لاحتمال الإفاقة ، والتطليق بعدها . قال فى المهمات : والتعبير بقبيل غير محرر . والصواب وقوعه إذا بقي ما لا يسع التطليق. نبه عليه الماوردى والروياني . وكالجنون الإغماء والخرس الذى لا كتابة لصاحبه ، ولا إشارة مفهمة . وإن فسخ النكاح ، وانفسخ ، أو طلقها وكيله ، ومات أحد الزوجين ، قبل تجديد النكاح، أو الرجعة، أو بعده، ولم يطلق تبين وقوعه قبيل الانفساخ إن كان الطلاق المعلق رجعيا ؛ إذ لا يمكن وقوعه قبيل الموت لفوات المحل بالانفساخ إن لم يجدد ، وعدم عود الحنث إن جدد ولم يطلق ، فيتعين وقوعه قبيل الانفساخ ، واعتبر طلاق وكيله ؛ لأنه يفوت الصفة المعلق عليها بخلاف طلاقه هو . وهذا هو فائدة عطفة طلاق الوكيل على ما قبله ، وإلا فهو لم يذكر حكمه ، بل اقتصر على حكم ماقبله ، واعتبر فى وقوعه قبيل الانفساخ كونه رجعيا لتصور الانفساخ بعده ، وإن كان بائنا لم يقع قبيل الانفساخ ؛ لأن البينونة تمنع الانفساخ فيقع الدور إذ لو وقع الطلاق لم يحصل الانفساخ، فلم يحصل اليأس فلم يقع الطلاق . فإن طلقها بعد التجديد للنكاح ، أو علق بنفى فعل غير التطليق كالضرب ، فضربها وهو مجنون ، أو وهى مطلقة، ولو طلاقا بائنا، انحلت اليمين . أما

الأول، فلأن البر لا يختص بحال النكاح . ولهذا تنحل اليمين بوجود الصفة حال البينونة . وأما الثانى : فلأن ضرب المجنون فى تحقق الصفة ونفيها كضرب العاقل . والضرب حال البينونة ممكن بخلاف الطلاق . فإن أبانها واستمرت البينونة إلى الموت ، ولم يتفق ضرب تبين وقوعه قبيل البينونة كما صرح به الوسيط ، وإن وقع فى عبارة الأصل هنا ما يقتضى عدم وقوعه أصلا نبه عليه فى المهمات[1] .

إن تركت طلاقك فأنت طالق :

فرق الشافعية بين قول الرجل لزوجته : إن تركت طلاقك فأنت طالق ، وقوله إن سكت عن طلاقك فأنت طالق ، فقالوا : إن العبارتين تقتضيان الفور فى هذه الحالة ، فإذا لم يطلق الرجل زوجته فى الحال طلقت لوجود الصفة . أما إذا نفاهما فقال : إن لم أترك طلاقك ، أو إن لم أسكت عن طلاقك فأنت طالق فلا يقتضى الفور ، فإن طلق فورا واحدة ثم سكت انحلت يمينه فى حالة قوله ان لم أترك طلاقك فأنت طالق ، فلا تقع طلقة أخرى ؛ لأنه لم يترك طلاقها ، أما لو كان يمينه بقوله إن لم أسكت عن طلاقك فأنت طالق فتقع أخرى لسكوته وتنحل يمينه . قال ابن العماد أخذا من كلام الماوردى : إنه فى الأولى علق على الترك ولم يوجد ، وفى الثانية على السكوت وقد وجد ؛ لأنه يصدق عليه أن يقال سكت عن طلاقها ، وإن لم يسكت أولا ، ولا يصح أن أن يقال ترك طلاقها إذا لم يتركه أولا » ـ[2] وقال الرملى فى حاشيته : « وأما قول الرجل : إن سكت عن طلاقك فأنت طالق ثم طلقها عقب ذلك يقع المنجز ، ولا يبطل حكم التعليق لبقاء شرطه ، وهو التعليق على السكوت ، والمتلفظ بالطلاق وغيره لا يسمى ساكتا حال تلفظه . وإذا

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ٣ ص ٣١٠ ، ٣١١ .

(٢) المصدر السابق نفس الجزء والصفحة .

لم يوجد سكوت عن الطلاق فيبقى التعليق على حاله ، وإن سكت عقب المنجز لحظة وقع المعلق . والمعلق بالسكوت لا يسمى ساكتا حال تلفظه بالطلاق المنجز »(١) .

تعليق الطلاق بنفي فعل بكلما :

ولو كان تعليق الطلاق بنفي فعل وكانت أداة التعليق كلما، بأن قال الرجل لزوجته : كلما لم أطلقك فأنت طالق ، فمضى قدر ما يسع ثلاث تطليقات متفرقات بلا تطليق ، طلقت ثلاثا ، إن لم تبن بالأولى ، وإلا فتطلق واحدة فقط .

تكرار الطلاق بتكرار وقوع الفعل :

قال صاحب المنهاج : « ولو قال: إذا طلقتك فأنت طالق. ثم طلق أو علق بصفة ، فوجدت، فطلقتان، أو كلما وقع طلاقى ، فطلق فثلاث فى ممسوسة، وفى غيرها : طلقة .. »

وشرح صاحب مغنى المحتاج ما تقدم فبين أن الطلقتين: واحدة بتطليقها منجزا، أو التعليق بصفة وجدت، وأخرى بالتعليق به. وقال صاحب المغنى: إنه فى هذه الحالة لابد من تأخير التعليق، فلو علق طلاقها، أولا، بصفة؛ بأن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق، وأردف ذلك التعليق بتعليق آخر متصل به؛ بأن قال: إذا طلقتك فأنت طالق. فوجدت الصفة لم يقع الطلاق المعلق به؛ لأنه لم يحدث بعد تعليق طلاقها شيئاً ؛ لأن وجود الصفة وقوع لا تطليق ، ولا إيقاع ، والتعليق مع وجود الصفة تطليق وإيقاع. أما مجرد التعليق فليس بتطليق ، ولا إيقاع ، ولا وقوع(٢) .

---

(١) حاشية الرملى على هامش أسنى المطالب جـ٣ ص ٣١٠ .

(٢) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب جـ٣ صـ٣١٦ ، ٣١٧ وانظر أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ٣ ص ٣٠٧، ٣٠٨ .

تعليق الطلاق بإيقاعه ووقوعه

وقال صاحب المغنى شرحاً لما قاله المنهاج : « أو كلما وقع طلاقى، فطلق، فثلاث فى ممسوسة وفى غيرها طلقة » ؛ قال : تقع ثلاث فى الممسوسة ، ومستدخلة ماءه المحترم حين وجود الصفة ؛ لاقتضاء كلما التكرار واحدة بالتنجيز ، وثنتان بالتعليق بكلما ... واحدة بوقوع المنجز، وأخرى بوقوع هذه الواحدة . وفى غير الممسوسة تقع طلقة ؛ لأنها تبين بالمنجز ؛ فلا يقع المعلق بعدها . وخرج بقوله : كلما وقع طلاقى ، مالو قال : كلما طلقتك فأنت طالق ، ثم طلق ، فثنتان فقط . . المنجز ؛ وأخرى بحصول التعليق المعلق . والفرق بين الإيقاع والوقوع: أن الأول يرجع للزوج ، والثانى للشرع ؛ لأن الزوج لو أراد تعجيل المعلق بصفة لم يملك ذلك ؛ لأنه يغير حكما ثابتاً بالشرع(١) » .

اتصال الشرط بالجزاء :

يرى الشافعية كما يرى الأحناف أنه لابد لصحة التعليق من عدم الفصل بين الشرط والجزء إلا لعذر . ولهذا لو قال لزوجته : أنت طالق ، وسكت ثم قال : إن دخلت الدار، فإن كان السكوت لحاجة ، تعلق الطلاق بالشرط، وإلا ، وقع فى الحال(٢) .

الولاية على المحل حال التعليق :

يرى الشافعية أن تعليق طلاق الأجنبية عن المعلق على زواجه منها، أو على ملكه لها ، لغو؛ إذ من أركان الطلاق عندهم الولاية على المحل . وقد استدلوا لذلك بالكتاب والسنة والمعقول .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب جـ٣ صـ٣١٦ ، ٣١٧ وأنظر أسنى المطالب ... ض الطالب جـ ٣ ص ٣٠٧ ، ٣٠٨ .

(٢) أسنى المطالب ... جـ٣ صـ ٢٩٨ .

أما الكتاب ؛ فقوله تعالى : « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » فقدر الله الطلاق بعد النكاح لا قبله .

أما السنة ؛ فمنها : ما رواه الدارقطنى عن زيد بن على بن الحسين عن آبائه ، أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن أمى عرضت على قرابة ، فقلت : هى طالق إن تزوجتها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « هل كان قبل ذلك ملك، قلت : لا ؛ قال : « لا بأس » وروى، أيضاً، بإسناده عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال: يوم أتزوج فلانة فهى طالق فقال : « طلق مالا يملك » فهذان الحديثان صريحان فى إبطال التعليق .

ومن السنة أيضاً ماروى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : «لا نكاح ولا عتق إلا بعد ملك» رواه أبو داود وغيره، وقال الترمذى: حسن صحيح. ورواه الحاكم من رواية جابر بلفظ : « لا طلاق لمن لا يملك، ولا عتاق لمن لا يملك » وقال : صحيح على شرط الشيخين .

ووجه الاستدلال :

واضح من الحديث الأخير نفى صحة وقوع الطلاق أو تعليق وقوعه وكذلك العتاق لمن أوقعه أو علق وقوعه، وهو لا يملك المحل الذى يقع عليه الطلاق أو العتاق(١) .

وجود المعلق عليه حال الملك

كذلك يرى الشافعية أن الطلاق المعلق على صفة لا بد لوقوعه من وجود الشرط حال الملك الذى تم فيه التعليق وفرعوا على ذلك ؛ فقالوا : وإن علق

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ صـ ٢٨٤ ، ٢٨٥ وحاشية الرملى على هامش أسنى المطالب ذات الجزء والصفحة .

الزوج طلاق زوجته بصفة ، كدخول الدار ، فأبانها قبل الدخول أو بعده، ثم تزوجها ووجدت الصفة قبل التزويج لم تطلق ؛ لانحلال اليمين بالدخول فى حال البينونة ، وكذا إن وجدت الصفة بعد التزويج ؛ إذ الأظهر أنه لا يعود الحنث فى الطلاق ولا فى غيره كالإيلاء ، والظهار ، والعتق بعد زوال الملك، أى ملك النكاح فى الأولين ، والرقبة فى الثالث ، وبعد تجديده . وذلك لتخلل حالة لا يصح فيها شىء من ذلك ، فرفع حكم اليمين ، ولأنه تعليق سبق هذا النكاح فلا يؤثر فيه كالتعليق فى حال عدم الزوجية ، ولأنه يمتنع أن يراد به النكاح الثانى لسبقه فتعين الأول وقد انقطع(١) . لكن لو حصل طلاق رجعى بعد التعليق، ثم راجعها ووجد المعلق عليه بعد الرجعة ، فإن الطلاق يقع ؛ لأن الرجعة ليست نكاحاً مجدداً بخلاف الأول .

تعليق الطلاق بمشيئة الله

يرى الشافعية عدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله، كما يمتنع بها انعقاد سائر التصرفات كالعتق ، والنذر واليمين والبيع .

الدليل .

واستدل الشافعية لرأيهم بالسنة والمعقول .

أما السنة، فمنها: قوله صلى الله عليه وسلم : «من حلف ثم قال: إن شاء الله فقد استثنى» رواه الترمذى وحسنه ، والحاكم وصححه .

وجه الاستدلال .

بين الحديث أن التعليق على مشيئة الله هو استثناء ، والاستثناء رفع

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج ٣ ص ٢٨٥ ، ٢٨٦ وحاشية الرملى على هامشه ذات الجزء . والصفحة .

حكم اللفظ المتقدم جميعه . ولا لغو فى هذه الحالة؛ فهو تعليق للطلاق بصفة صيغتها التردد إذ المشيئة غيب لا يطلع عليه ، فالمعلق به غير معلوم .

المعقول .

قال الشافعية تعليلا لرأيهم : إن تعليق وقوع الطلاق على مشيئة الله ، تعليق على أمر غير معلوم ؛ لأن مشيئة الله غير معلومة : فكأنه غير قاصد لطلاقها؛ كما قالوا : إن تعليق وقوع الطلاق بمشيئته تعالى يقتضى حدوثها بعد صدور التعليق من المعلق ، كالتعليق بمشيئة زيد ، ومشيئة الله تعالى قديمة ، لا يتصور حدوثها(١) .

لا أثر للتعليق عند انعدام القصد

وقال الشافعية : إنه إذا انعدم القصد إلى تعليق الطلاق بمشيئة الله بأن سبق لسان الرجل لتعوده بها ، كما هو الأدب ، أو قصد بها التبرك ، أوأن كل شىء بمشيئته تعالى، أو لم يعلم هل قصد التعليق أولا طلقت. وليس هذا كالاستثناء المستغرق، لأن ذاك كلام متناقض غير منتظم، والتعليق بالمشيئة منتظم. فإنه قد يقع معه الطلاق وقد لا يقع(٢) .

تعليق الطلاق بمشيئة من تعلم مشيئته

١ التعليق بمشيئة الزوجة

ولو علق الرجل طلاق زوجته بمشيئتها فلا يخلو الحال ؛ إما أن تكون حاضرة وخاطبها بذلك التعليق، بأن قال لها : إن شئت فأنت طالق، أوغائبة وقال : زوجتى طالق إن شاءت ، ولو حضرت وسمعته . وفى كلتا الحالتين

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ صـ ٢٩٤ وحاشية الرملى على هامشه ، نفس الجزء والصفحة .

(٢) المصدر السابق .

إما أن يكون التعليق بإن ، أو إذا ، أو غيرهما[١] .

الحالة الأولى :

فنى الحالة الأولى وهى حالة ما إذا خاطبها قائلا لها : أنت طالق إن شئت، أو إذا شئت ، كانت هذه الحالة متضمنة تمليكه لها طلاق نفسها كطلقى نفسك، فيشترط جوابها على الفور . والمراد بالفور مجلس التواجب . وقيل : إذا شاءت فى المجلس طلقت ، لأن حريم العقد يقوم مقامه كما فى القبض فى فى الصرف والسلم . وقيل: أى وقت شاءت طلقت،ولا يتقيد ذلك بوقت كما لو قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق . أما إذا كان التعليق بغير إن ، أو إذا ، فلا يشترط الفور فى الإيجاب .

الحالة الثانية :

إذا كان التعليق بغير إن أو إذا ، أوكان التعليق بمشيئتها غيبة، كزوجتى طالق إن شاءت . والرأى الأصح فى هذه الحالة أنه لا يشترط الإيجاب فوراً ؛ لبعد أن تكون هذه الحالة بمثابة تمليك الزوجة تطليق نفسها .

رأى آخر :

وقيل : يشترط الفور ؛ نظراً إلى تضمن عبارة : « زوجتى طالق إن شاءت » تمليكها الطلاق .

أهلية من علق الطلاق بمشيئته

التعليق على مشيئة الأجنبي البالغ :

لو علق الطلاق بمشيئة أجنبى،فإن كان خطاباً له كقوله لأجنبى : زوجتى

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥ .

طالق إن شئت ، فني المسألة الرأيان السابقان. وأصحهما أنه لايشترط الفور . ولو كان التعليق بمشيئة أجنبي غيبة كقوله : زوجتي طالق إن شاء محمـــد فلا يشترط المشيئة فوراً(١) .

تعليق الطلاق بمشيئة الصبي ، أو الصبية:

في وقوع الطلاق المعلق بمشيئة كل من الصبي أو الصبية رأيان ، أصحهما أنه لايقع وإن كانا مميزين ؛ لأنه لا اعتبار بمشيئتهما فى التصرفات ، ولأنه لو قال للصغيرة : طلقي نفسك ، فطلقت، لم يقع ، فكذا إن علق الطلاق بمشيئتها . وقيل يقع الطلاق المعلق بمشيئة الصبي أو الصبية المميز لأن مشيئة المميز معتبرة فى اختيار أحد أبويه . أما غير المميز فلا يقع الطلاق المعلق بمشيئته مطلقاً (٢) .

تعليق الطلاق بمشيئة مجنون :

ولا يقع طلاق علق بمشيئة مجنون ولو بالغا ؛ لأنه وإن اعتبر اللفظ، لكن لابد من صدوره ممن يتصور أن يكون لفظه معبراً عن مشيئته . لكن لو قال رجل لمجنون أو لصغير : إن قلت: شئت، فزوجتي طالق ، فقال : شئت، طلقت ، لوجود المعلق عليه .

تعليق الطلاق على مشيئة أخرس :

لو علق الطلاق بمشيئة أخرس فأشار إشارة مفهمة وقع الطلاق. ومثل هذه الحالة مالو علق الطلاق على ناطق فخرس(٣) .

(١،٢) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٣٢٤ ، ٣٢٥

(٣) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٢٢٥ وانظر أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ ص ٣١٧ .

التعليق على مشيئة من لا تعلم مشيئته :

قال فقهاء الشافعية : إن الطلاق المعلق بمشيئة لا يعلم حصولها ، لا يقع . وذكروا أمثلة لذلك، منها: لو علق الطلاق بمشيئة الملائكة؛ إذ لهم مشيئة ولا نعلم حصولها . وكذلك لا يقع الطلاق المعلق بمشيئة بهيمة ؛ لأنه كتعليق الطلاق بمستحيل، كما قال الماوردى. والتعليق بمستحيل لا يقع به الطلاق[1] .

لا يملك المعلق على المشيئة الرجوع :

وقال الشافعية : إن من علق طلاق زوجته بمشيئة غيره لا يملك الرجوع قبل مشيئة الغير: لأنه وإن كان تعليق الطلاق بمشيئة الغير تمليك للطلاق فى بعض حالاته، لكنه فيه شائبة تعليق الطلاق على صفة، فيمتنع الرجوع فيه كسائر التعليقات .

الحلف بالطلاق

التعليق بعمل :

لفقهاء الشافعية رأيان ، فى حالة ما إذا علق الرجل طلاق زوجته بفعله، ففعله ناسياً أو مكرها ، أو علقه بفعل غيره قاصداً منعه من الفعل أو حثه على فعله وهو ممن يشق عليه حنثه . وتفصيل ذلك فيما يلى :

١ – لو علق زوج طلاقا بفعله ، كدخوله الدار، ففعل المعلق به ناسيا للتعليق ، أو ذاكرا له مكرها على الفعل ، أو طائعا جاهلا، فالرأى الأظهر أن الطلاق لا يقع .

والرأى الثانى : أن الطلاق يقع فليس النسيان ونحوه بدافع للوقوع .

دليل الرأى الأول :

استدل أصحاب الرأى الأولى بالسنة، التى منها: خبر ابن ماجة وغيره: «إن

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٣٢٥ وأنظر أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ ص ٣١٧

الله وضع عن أمتى الخطأ . والنسيان ، وما استكرهوا عليه «أى لا يؤاخذهم بذلك . ومقتضاه رفع الحكم ، فيعم كل حكم ، إلا ما قام الدليل على استثنائه ، كقيم المتلفات .

المعقول

كما استدل لهذا الرأى بالمعقول. وخلاصته : إن المكره على الطلاق لا يقع طلاقه ، فكذا المكره على الصفة ، ولا فرق بين الحلف بالله تعالى ، وبالطلاق - لكن نقل عن القاضى حسين يقع فى الحلف بالطلاق فى النسيان .

تعليق الطلاق بفعل الغير لأمر مستقبل

ولو حلف الرجل معلقا طلاق زوجته بفعل غيره، وقد قصد بذلك منعه ، أو حثه ، وهو ممن يشق عليه حنثه ، فلا يخالفه لسبب من أسباب الود كصداقة ، أو قرابة ، أو زوجية، أو نحو ذلك مما يجعله يحرص على إبرار قسمه، ولو حياء لمكارم الأخلاق، وعلم ذلك الغير بتعليق الزوج طلاق زوجته على فعله ، فالأظهر أنه لا يقع الطلاق إذا فعل ذلك الغير الفعل المعلق به الطلاق ناسيا ، أو مكرها ، أو جاهلا .

وفى هذا الموضوع يراعى الآتى :

أولا : يقع الطلاق المعلق على فعل الغير ، إذا لم يقصد المعلق منع هذا الغير بتعليقه من فعل هذا الفعل المعلق به الطلاق أو لم يقصد حثه على فعله .

ثانيا : كذلك يقع الطلاق بفعل الغير الذى علق بفعله الطلاق . إذا لم يكن الغير الذى علق الطلاق بفعله ممن يبالون بالمعلق ، كالسلطان ، والحجيج ، أو كان يبالى به لكنه لم يعلم بالتعليق سواء أتى الفعل فى حالة نسيان أم لا .

وقد علل الشافعية لوقوع الطلاق فى الحالتين السابقتين بقولهم : إن الغرض فى هذه الصور أصبح مجرد تعليق الفعل من غير قصد منع أو حث .

وقال صاحب المغنى : إنه يستثنى من ذلك صورة ما إذا حلف معلقا الطلاق على فعل شخص قاصدا منعه ، أو حثه، وهو ممن يبالى به ، وقصد إعلامه ، ولم يعلم به، فلا تطلق، فقد فهم هذا الحكم من كلام أصل الروضة. وعزاه السبكى للجمهور[٢] .

الحلف على نفى شىء وقع

قال صاحب المغنى : إذا حلف على نفى شىء وقع جاهلا به : أو ناسيا ، كما لو حلف أن زيداً ليس فى الدار وكان فيها ، ولم يعلم به ، أو علم ونسى ، فإن حلف أن الأمر كذلك فى ظنه ، أو فيما انتهى إليه علمه : أى لم يعلم خلافه ، ولم يقصد أن الأمر كذلك فى الحقيقة لم يحنث ؛ لأنه إنما حلف على معتقده ، وإن قصد أن الأمر كذلك فى نفس الأمر ، أو أطلق ؛ ففى الحنث قولان : رجح منهما ابن الصلاح وغيره الحنث . وصوبه الزركشى ، لأنه غير معذور ؛ إذ لا حث ولا منع بل تحقيق ، فكان عليه أن يتثبت قبل الحلف ، بخلافه فى التعليق بالمستقبل . ورجح الأسنوى وغيره أخذا من كلام أصل الروضة عدم الحنث . ورجح بعض المتأخرين أنه يحنث فيما إذا قصد أن الأمر كذلك فى نفس الأمر ، وعدم الحنث عند الأطلاق. وهذا أوجه[٢] .

تعليق الطلاق بفعل بهيمة أو نحوها

وقال الشافعية : لو علق الطلاق بدخول بهيمة ، أو نحوها ، كطفل، فدخلت مختارة ، وقع الطلاق . بخلاف مالو دخلت مكرهة ، فإن الطلاق لا يقع ؛ لأنها حين الإكراه كأنها لم تفعل شيئاً .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٣٦ .

(٢) المصدر السابق ذات الجزء والصفحة .

الإكراه الذى لا يقع معه طلاق:

يرى الشافعية، كما قلنا سابقا أن المكره بباطل لا يصح منه طلاق، كما لا يصح منه إسلام، ولا تصرف من سائر التصرفات القولية؛ لخبر: «رفع عن أمتى الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه». ولخبر: «لا طلاق فى إغلاق» أى اكراه، رواه أبو داود والحاكم، وصح إسناده على شرط مسلم. وقال الشافعية فى تعليلهم لهذا الحكم: إن ما صدر من المكره بباطل قول لو صدر منه باختياره طلقت زوجته، وصح إسلامه. فإذا أكره عليه بباطل لغا، كالردة. أما المكره بحق فيقع طلاقه. ويصح اسلام المرتد والحربى بالإكراه لهما عليه ولو من كافر لأنه إكراه بحق.

وحدد الشافعية الإكراه بباطل - الذى معه يزول الرضا والاختيار فلا تصح معه التصرفات القولية - بأنه الإكراه بعاجل من أنواع العقاب، يؤثر العاقل لأجله الإقدام على ما أكره عليه، بشرط أن يغلب على ظن المكره أن المكره يفعل به ما هدده به إن امتنع مما أكرهه عليه. ويشرط عجز المكره عن الخلاص من المكره بالهرب، أو المقاومة، أو الاستعانة بغيره، ونحو ذلك من أنواع الدفع، فلو هدد المكره المكره بعقاب مؤجل كقوله له: لأضربنك غدا؛ لم يكن إكراها يفسد معه الرضا والاختيار. ولكن الأذرعى اعترض على ذلك وقال تعليقا على صاحب الروض فى هذا الموضوع[1]: وفى النفس من هذا شىء إذا غلب على ظنه إيقاع ما هدده به لو لم يفعل، ولا سيما إذا عرف من عادة الظالم إيقاع ذلك.

لا يشترط التنجيز:

ومع اشتراط كون العقاب الذى هدد به المكره عاجلا لكنه لا يشترط تنجيزه بل يكفى التوعد به لفظا.

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج٣ ص ٢٨٢، ٢٨٣.

الإكراه يختلف باختلاف الأشخاص والأسباب

ويختلف الإكراه باختلاف الأشخاص والأسباب المكره عليها فقد يكون الشيء إكراها فى شخص دون آخر وفى سبب دون آخر. فالتخويف بالحبس الطويل، والصفع ظاهرا فى الملأ، وتسويد الوجه، والطواف فى السوق لذى مروءة إكراه، والتخويف بإتلاف الولد أو الوالد إكراه، والتهديد بإتلاف جميع المال أو أكثره إكراه.

التهديد بإتلاف المال القليل

وقال الشافعية إن التهديد بإتلاف المال يختلف باختلاف الأشخاص؛ فمن هدد بإتلاف مال لا يضيق عليه، كخمسة دراهم فى حق الموسر، لا يعتبر إكراها؛ لأن الإنسان الموسر لا يحزنه ضياع مثل هذا القدر من المال، بخلاف المعسر. قال صاحب أسنى المطالب[1]: وحصول الإكراه بما ذكر هو ما صححه فى الروضة. وقال: لكن فى بعض تفاصيله نظر. والذى حكى عن النص. وصححه المنهاج كأصله، وقال فى الشرحين: إن الأرجح عند الأئمة. وصوبه الزركشى: أنه يحصل بمحذور من نحو قتل، أو قطع، أو أخذ مال، أو اتلافه، أو ضرب، أو حبس، أو استخفاف. وتختلف الثلاثة الأخيرة باختلاف طبقات الناس وأحوالهم. ولا يختلف به ما قبلها، وقيل يختلف به أخذ المال أيضا. واختاره الرويانى، وجزم به جماعة من شراح المنهاج. وهو ظاهر. والحاصل أن الإكراه يحصل بما ذكر ونحوه.

طلق زوجتك وإلا قتلت نفسى

ولا يعتبر فى نظر الشافعيه من قبيل الإكراه قول رجل لآخر: طلق زوجتك، وإلا قتلت نفسى، أو كفرت، أو أبطلت صومى،

---

(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ٣ ص ٢٨٢، ٢٨٣.

أو صلاتى ، كما لا يرون أنه من قبيل الإكراه قول مستحق القصاص لمن سيقتص منه : طلق امرأتك وإلا اقتصصت منك .

الإكراه على الحلف

لكن الشافعية اعتبروا تهديد اللصوص لرجل، بعد تركهم له،إن لم يحلف بالطلاق أنه لا يشىء بهم فحلف ، أنه من قبيل الإكراه منهم له على الحلف ، فإذا أخبر بهم لم تطلق زوجته .

ادعاء الإكراه على الطلاق

لو ادعى الرجل أنه إنما طلق مكرها ، فأنكرت زوجته ما ادعاه . فإن وجدت قرينة شاهدة له كالحبس مثلا، فالقول قوله بيمينه ، وإلا فلا[١] .

تعليق الطلاق بمستحيل

إذا علق رجل طلاق زوجته بمستحيل عرفا، كصعود السماء، والطيران ، أو علق طلاق زجته بمستحيل عقلا كالجمع بين الضدين ، أو علقه بمستحيل شرعا كنسخ صوم رمضان ، فلا يقع الطلاق . ؛ لأنه لم ينجز الطلاق بل علقه ، ولم توجد الصفة . وقد يكون الغرض من التعليق بالمستحيل امتناع الوقوع لامتناع المعلق به ، كما فى قوله تعالى:«حتى يلج الجمل فى سم الخياط».

المذهب المالكى

إضافة الطلاق وتعليقه

إضافة الطلاق إلى زمن وتعليقه به لا يخلو من حالات نفصلها فيما يلى :

أولا — حالات يقع فيها الطلاق المعلق منجزا

١ — تعليق الطلاق بماض :

لو علق الطلاق بماض ممتنع عقلا،أو عادة، أو شرعا وقع والطلاق منجزا، دون حاجة إلى حكم حاكم، فمن قال لزوجته : يلزمنى الطلاق لو جاء زيد أمس

(١) أنظر أسنى المطالب شرح روض الطالب جـ٣ص٢٨٣ وحاشية الرملى على هامشة . وانظر مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ٣ ص ٣١٦

جمعت بين وجوده وعدمه وقع الطلاق فورا ؛ لأن الطلاق، بحسب الظاهر، مرتبط بالمحال بأوجهه ، وفى الواقع إنما هو بنقيضه، فإذا كان مرتبطا ظاهرا بالمحال عقلا ، فهو فى المعنى معلق على ضده ، وهو الوجوب العقلى[1] .
ومن قال لزوجته يلزمنى الطلاق لو جاء زيد أمس لزنى بامرأته أو لرفعته إلى السماء، فالطلاق يقع فورا .

٢ – تعليق الطلاق على أمر مستقبل :

ولو علق الرجل طلاق زوجته على أمر محقق الوجود فى المستقبل لوجوبه عقلا ، أو عادة ، بأن يحتمل بلوغهما معا إليه عادة ، بأن كان الزمن المربوط به هذا الأمر المستقبل المعلق الطلاق على عدمه أو وجوده أو الزمن المحدد لوقوع الطلاق عند وجوده زمنا يساوى عمر الزوجين ، أو أقل، من عمرهما عادة، فإن الطلاق المعلق يقع منجزا فى هذه الحالة . فمن قال لزوجته: أنت طالق بعد سنة وقع طلاقه منجزا . ومن قال لها : أنت طالق يوم موتى، أو قبل موتك بيوم ، أو شهر وقع طلاقه منجزا بخلاف قوله لها: أنت طالق بعد موتى ، أو موتك ، أو إن مت ، أو إن متى ، أو إذا مت ، أو متى فأنت طالق، فلا يقع فى هذه الحالات شىء ؛ إذ لا طلاق بعد موت، بخلاف ما لو علق الطلاق على موت الأجنبى، بإن أو إذا ، يوم موته أو بعد موته، فإن الطلاق يقع حالا ؛ لأنه علقه فى المستقبل بمحقق يشبه بلوغهما إليه عادة ؛ فمن قال لزوجته: أنت طالق يوم موت محمد طلقت فورا .

٣ – تعليق الطلاق على زمن لا يصل إليه عمر الزوجين

ولو علق الطلاق على زمن لا يصل إليه عمر الزوجين عادة فلا يقع الطلاق.
وكذلك لو كان يبلغه عمر أحدهما دون الآخر ، قال عيسى عن ابن القاسم:

---

(١) حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٣٩٠

ومن طلق امرأته إلى مائة سنة ، أو إلى مائتى سنة فلا شىء عليه . وقال ابن الماجشون فى المجموعة : إذا طلقها إلى وقت لا يبلغه عمرها ، أو لا يبلغه عمره ، أو لا يبلغانه لم يلزمه(١).

٤ — تعليق الطلاق على أمر لا يقدر عليه :

ويقع الطلاق منجزاً لو علق طلاق زوجته على أمر غير مقدور له؛ فمن قال لزوجته: أنت طالق إن لم أمس السماء، فعدم المس للسماء مستقبلا محقق، وقد علق الطلاق عليه، فينجز.

٥ — تعليق الطلاق على أمر محقق

ولو قال لزوجته : أنت طالق إن لم يكن هذا الحجر حجراً ، أو إذا لم يكن هذا الطائر طائراً، فإن الطلاق يقع منجزاً .

وقال المالكية تعليلا لذلك : إن قول الزوج : إن لم يكن هذا الحجر حجراً ، أو هذا الطائر طائرا ، أو إن لم يكن هذا الإنسان إنساناً يعد ندماً بعد الوقوع ؛ لأنه لما وقع عليه الطلاق ندم ، فأحب أن يرفع ذلك بالشرط ، لكن لو قدم الشرط وأخر الجزاء بأن قال : إن لم يكن هذا الحجر حجراً فأنت طالق ، لم يلزمه طلاق ؛ لأنه علق الطلاق على انتفاء الحجرية عن الحجر وهى لا تنتفى ، فلا يقع طلاق لعدم حصول المعلق عليه . ولو قال :إن كان هذا الحجر حجراً فأنت طالق، فيقع الطلاق منجزاً، قدم الجزاء أو أخره .

٦ — تعليق الطلاق بما لا صبر عنه

ولو علق الطلاق بما لا صبر عنه : لوجوبه عادة كإن قمت ، أو قعدت،

---

(١) حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٣٩٠ .

أو أكلت أنت ، أو أنا ، أو فلان. فأنت طالق،وأطلق ، أو قيد بمدة يعسر فيها ترك القيام مثلا ، وقع الطلاق منجزا .

٧ - التعليق على أمر غالب الوقوع

وكذلك يقع الطلاق منجزا لو علقه على أمر يغلب وقوعه ، فمن قال لزوجته : إن حضت ، فأنت طالق ،وكانت ممن تحيض أو يتوقع حيضها ، كصغيرة لا آيسة وقع الطلاق منجزا تنزيلا للغالب منزلة الأمر المحقق .

٨ - تعليق الطلاق على محتمل واجب

ويقع الطلاق منجزا لو علق الطلاق على أمر محتمل وقوعه وعدمه، لكنه واجب كإن صليت فأنت طالق ، أو إن صلى فلان فأنت طالق، لكن فى هذه الحالة يتوقف التنجيز على حكم الحاكم . والظاهر أن الطلاق يقع. ولو كان المعلق وقوع الطلاق على صلاته من التاركين للصلاة ، أوكافرا، تنزيلا لوجوبها منزلة وقوعها[١] .

٩ - تعليق الطلاق بما لا يعلم حالا

وقال المالكية، أيضا ، بوقوع الطلاق منجزا إذا ما علق بأمر لا يعلم حالا ، ويعلم مآلا؛ فمن قال لزوجته،ظاهرة الحمل: إن كان فى بطنك غلام ، أو إن لم يكن فى بطنك غلام؛ فأنت طالق وقع طلاقه حالا ، دون الانتظار حتى يظهر ما فى بطنها ، وعلل المالكية لوقوع الطلاق على الفور بقولهم : إن الطلاق يقع، للشك فى اليمين فى الحال؛ هل هى لازمة ، أولا ؛ فالبقاء معها بقاء على فرج مشكوك فيه[٢] .

١٠ - التعليق على مشيئة من لا تعرف مشيئته

ولو علق رجل طلاق زوجته على مشيئة لا يمكن اطلاعنا عليها

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير حـ٢ ٣٩١ .

(٢) المصدر السابق .

لا فى الحال ، ولا فى المآل ، كتعليقه الطلاق على مشيئة الله بقوله : «أنت طالق إن شاء الله» أو تعليقه الطلاق على مشيئة الملائكة أو الجن كقوله : «أنت طالق إن شاءت الملائكة أو الجن» ؛ فإن الطلاق المعلق فى هذه الحالات يقع منجزاً ؛ لأن المشيئة لا تقع فى غير اليمين بالله ، كما يقع الطلاق فى الحال إذا علقه على فعل وصرف المشيئة إلى الفعل نفسه كقوله(١) : «أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله» وصرف المشيئة للدخول ، أى إن دخلت بمشيئة الله ؛ فإن وجد الدخول فى الدار ، فيرى ابن القاسم وقوع الطلاق لحصول المعلق عليه ؛ لأن الشرط معلق بمحقق ، فإن كل شىء بمشيئة الله تعالى ، والاستثناء لاغ .

رأى آخر

ويرى أشهب وابن الماجشون أن الطلاق لا يقع فى حالة صرف المشيئة للمعلق عليه فى مثل «أنت طالق إن دخلت الدار إن شاء الله» حتى ولو فعلت المعلق عليه ، وهو دخول الدار .

لزوم الطلاق

ولا خلاف فى لزوم الطلاق فى حالة قول الرجل لزوجته : «أن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله» ، وصرف المشيئة للمعلق وهو الطلاق ، أولهما أو لم تكن له نية ، فيلزم الطلاق اتفاقاً ، حيث حصل المعلق عليه(٢) .

١١ – تعليق الطلاق على فعل محرم

وقال المالكية بوقوع الطلاق حالا إذا علق على فعل محرم إلا أن يتحقق منه فعل المحرم قبل التنجيز ؛ فمن قال لزوجته : أنت طالق إن لم أزن ، أو إن

---

(١) المصدر السابق .

(٢) انظر الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٦٢ ، مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٧٦ والتاج والأكليل المواق على هامش مواهب الجليل جـ ٤ ص ٧٦ .

لم أشرب الخمر ، وقع الطلاق فى الحال ، ولا يمكن من فعل الحرام لكن ينجز عليه فى هذه الحاكم أو جماعة المسلمين . ولا يقع عليه طلاق قبل الحكم من الحاكم . لكن إذا تحقق منه فعل المحرم قبل التنجيز فتنحل يمينه ، ولا يطاق عليه . وقال صاحب مواهب الجليل : والظاهر أنه لا يبر بمقدمات الجماع(١) .

تعليق الطلاق على موت إنسان

المنصوص عليه فى المذهب فيمن علق الطلاق على موت إنسان؛ فيقول: امرأتى طالق ، إذا مات فلان ، أو بموت فلان،قال ابن رشد : يعجل عليه الطلاق ؛ لأنه لابد أن يكون ، بخلاف ما إذا قال : امرأتى طالق يوم مجىء أبى فلا خلاف فى أنه يبقى مع زوجته ، فإن جاء أبوه طلقت عليه .

تعليق الطلاق على شىء لا يعلم حالا ولا مآلا

قال ابن الحاجب : وإن علق الرجل طلاق زوجته على ما لا يعلم حالا و مآلا . طلقت. وقال ابن عرفة : هذا كقول ابن رشد فى مسألة : الشك،منه ما يتفق على جبره على الطلاق كقوله : امرأته طالق إن كان أمس كذا وكذا ، لشىء يمكن أن يكون ، وألا يكون ولا طريق لاستعلامه . وقال العلامة خليل : « ودين إن أمكن حالا وادعاه » وشرح هذا القول صاحب التاج والإكليل بقوله : سمع يحيى بن القاسم من قال : امرأته طالق إن لم يكن فلان يعرف [illegible] الحق ، لحق يدعيه ، فقال المدعى عليه : امرأته طالق إن كان يعرف له [illegible] ننا جميعا ، ولا حنث على واحد منهما . ابن رشد مثله فى الأيمان بالط[illegible] المدونة ... لكن هل يحلفان على ما ادعياه أم لا ؟ رأى فى المذهب لا يشد[illegible] — ورأى آخر روى عن ابن القاسم أنهما يحلفان — ورأى لابن [illegible] إن أتيا مستفتيين

---

(١) أنظر الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص٣٩٢ ، مواهب [illegible] الحطاب جـ٤ ص٧٦ والتاج والأكليل المواق على هامش مواهب الجليل جـ٤ ص ٧٦ .

فلا وجه لليمين. وإلى الرأى الأخير أشار كثير من شراح متن خليل فقالوا : ولو علق الرجل طلاق زوجته على شيء لا يعلم حالا ، ولا مآلا ينجز عليه الطلاق بمجرد يمينه ، ويحلف فى القضاء دون الفتوى، إن أمكن الاطلاع عليه حالا ، وكان بحيث لا تحيله العادة ، وذلك كمن حلف أنه رأى الهلال ليلة الثلاثين والسماء مطبقة بالغيم(١).

ثانياً – حالات لايقع فيها الطلاق المعلق

١ – تعليق الطلاق على فعل مستقبل ممتنع عقلا

إذا علق الطلاق بمستقبل ممتنع عقلا فى صيغة بر كأن يقول لامرأته : أنت طالق إن جمعت بين الضدين فلا يقع الطلاق لا حالا ، ولا مآلا

٢ – تعليق الطلاق بمستقبل ممتنع عادة

كذلك لا يقع الطلاق المعلق بمستقبل ممتنع عادة وكانت الصيغة صيغة بر كقول الرجل لامرأته : إن لمست السماء فأنت طالق ، أوإن حملت الجبل فأنت طالق .

٣ – تعليق الطلاق بمستقبل ممتنع شرعاً

وكذلك لايقع الطلاق بمستقبل ممتنع شرعاً وكانت الصيغة صيغة بر كقول الرجل لامرأته : إن زنيت فأنت طالق ، فقد علق الطلاق على الزنا فى المستقبل وهو ممتنع شرعا .

تعليل فقهاء المالكية للحالات السابقة

قال فقهاء المالكية معللين عدم وقوع الطلاق فى الحالات الثلاث السابقة إن الرجل علق طلاق زوجته على شرط ممتنع وجوده ، ويلزم من عدم الشرط عدم المشروط .

(١) انظر التاج والأكليل للمواق على هامش مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٧٦ — والدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٩٢ وفتح الجليل للشيخ محمد عليش ج ٢ ص ٣٩٢ باب تعليق الطلاق .

صيغة الحنث يقع فيها الطلاق

وقال المالكية لو أن الرجل علق طلاق زوجته بمستقبل ممتنع عقلا وعادة وشرعا ، وكانت الصيغة صيغة حنث بأن قال : إن لم أجمع بين وجودك وعدمك ، أو بين الضدين فأنت طالق ، أو أن لم أمس السماء فأنت طالق ، فإن الطلاق ينجز عليه(١) .

٤ — تعليق الطلاق على مشيئة لم تعلم

قال المالكية : إذا علق الرجل طلاق زوجته بمشيئة من كان شأنه أن تعلم مشيئته وهو الآدمى بأن قال أنت طالق إن شاء زيد ، فمات زيد، ولم تعلم مشيئته سواء شاء شيئاً ولم تعلم حقيقته ، أو لم يشأ شيئاً ، أو علق طلاق زوجته بمشيئة رجل يعتقد أنه على قيد الحياة وقت التعليق لكنه فى الواقع كان ميتاً ولم يعلم الحالف بموته . أما لو كان عالماً بموته وقت التعليق ففى المذهب رأيان ، أرجحهما أن الطلاق لا يقع . والثانى ما قاله اللخمى من تنجيز الطلاق عليه فى هذه الحالة(٢) .

(١، ٢) الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ٣٩٤ . وانظر مواهب الجليل للحطاب ج٤ ص٧٦ والتاج والأكليل للمواق على هامش مواهب الجليل ذات الجزء والصفحة .

اليمين المنعقدة وهى اليمين المستقبلة تتنوع الى نوعين هما

١ — صيغة حنث

٢ — صيغه بر

فصيغة الحنث : وهى التى يكون الحالف فيها على حنث حتى يفعل المحلوف عليه كقول لانسان: والله لا اضربن محمدا ، أو ان لم أضرب محمدا يلزمنى كذا ففى هذه الحالات لم يذكر أجلا والتزم الفعل فهو على حنث حتى يفعل المحلوف عليه ، وتبرأ ذمته

وصيغة البر : وهى التى يكون فيها الحالف على البرآءة الأصلية ، حتى يفعل المحلوف عليه ، فيحنث ان فعله مثل لا أكل لحما ، فإن أكل اللحم حنث . أو أن فعلت كذا يلزمنى كذا . جاء فى الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ، ص١٣١، ١٣٢ باب الايمان ما يأتى : « والمنعقدة على بر بأن فعلت ، ولا فعلت » والمعنى فيهما لا أفعل كذا ؛ لأن الكفارة لا تتعلق بالماضى ، وانما كانت منعقدة على بر ؛ لأن الحالف بها على البرآءة الأصلية حتى يفعل المحلوف عليه » . . وقال أيضا : «أو حنث بلأفعلن ، وان لم أفعل ان لم يؤجل » وسميت يمين حنث لأن الحالف على حنث حتى يفعل المحلوف عليه .

٥ ـ تعليق الطلاق على محال

قال ابن عرفة : لو علق الطلاق على محال ، كإن شاء هذا الحجر ففي المدونة: إن قال لها: أنت طالق إن شاء هذا الحجر أو هذا الحائط فلا شيء عليه في ذلك ـ قال صاحب مواهب الجليل قال الرجراجي : وإن علقه بمشيئة ما لا تصح مشيئته كالجمادات وغيرها من الحيوانات مثل أن يقول : أنت طالق إن شاء هذا الحجر أو إن شاء هذا الحمار؛ هل يلزم الطلاق أم لا ؟ فالمذهب على قولين؛ أحدهما أنه لا شيء عليه وهو قول ابن القاسم في المدونة . والثاني، وهو قول ابن القاسم في النوادر وبه قال سحنون[١] وقال صاحب التاج والإكليل : وإذا لم تعلم مشيئة المعلق بمشيئته من المدونة قال ابن القاسم :من قال لزوجته أنت طالق إن شاء فلان ؛ فذلك له ، لأنه ممن يوصل إلى علم مشيئته ، وينظر مايشاء فلان ، فإن مات قبل أن يشاء ، وقد علم بذلك ،أو لم يعلم ، أو كان ميتاً فلا تطلق عليه : ابن يونس لأنه لم يشاء إذا مات قبل أن يشاء قال ابن القاسم وكذلك إذا قال: أنت طالق إن شاء هذا الحجر والحائط فلا شيء عليه.. بن يونس؛ لأن هذه الأشياء ليس لها مشيئة فيطلقها بها[٢] .

تعليق الطلاق على غالب الوجود

اختلف قول مالك إذا علق الطلاق على شيء الغالب فيه أن يوجد كأن يقول : امرأتي طالق إن حاضت فلانة ، وهي في سن من تحيض . فقد قال ابن القاسم : إنه يعجل عليه الطلاق[٣] وقال ابن عرفة . المعلق على غالب الوجود، كالحيض، المشهور تعجيل الطلاق. وقال ابن يونس فيمن قال لامرأته : ان حضت فأنت طالق، وقد قعدت عن الحيض لم تطلق إلا أن تحيض، وقال اللخمي : إذا كانت المرأة يائسة ممن لم تر الحيض. لم يعجل الطلاق على حال

(١، ٢) مواهب الجليل للحطاب جـ٤ ص٧٦ — وانظر التاج والأكليل المواق على هامش مواهب الجليل ذات الجزء والصفحة .

(٣) التاج والإكليل للمواق جـ٤ ص ٥٣ . ومواهب الجليل جـ ٤ ص ٧٠ .

وقال ابن عبد السلام: إن اليائسة والصغيرة يقول لهما، أو لأحدهما: إذا حضت، فلا خلاف أنها لا تطلق عليه حتى ترى دم الحيض.

٦ - تعليق الطلاق على أجل لا يبلغه عمرها

ولو علق طلاقها على أجل لا يبلغه عمرها، أو أحدهما، غالبا، فإنه لا يقع الطلاق المعلق لا حالا ولا مآلا، ولو انخرمت العادة وعاشا إلى الأجل المعلق عليه. والمعتبر العمر الشرعي، وقال في التوضيح: قال في البيان: والمعتبر الأعمار التي يعمر إليها المفقود، على الاختلاف بينهم في ذلك.

٧ - إضافة الطلاق إلى زمن الصبا والجنون :

ولو قال الرجل لزوجته: طلقتك وأنا صبي، أو مجنون، فلا شيء عليه إن كانت في عصمته وهو صبي، أو مجنون، وعلم تقدم جنونه، وأتى بلفظ ما ذكر نسقا، ولا حنث؛ لأنه بعد قوله: وأنا صبي أو مجنون ندما منه على وقوع الطلاق. ويرى ابن ناجي أن الحكم كذلك فيما لو قال الرجل لزوجته: طلقتك في منامي، أو قبل أن تولدي(١).

٨ - إضافة الطلاق إلى موته أو موت زوجته

ولو قال لها: أنت طالق إذا مت أنا، أو إذا متى أنت، أو إن مت أنا أو إن متى أنت، فلا شيء عليه؛ إذ لا طلاق بعد تحقق الموت، بخلاف يوم موتى؛ لأن يوم الموت يصدق بأوله قبل حصول الموت، لكنه لو قصد بأن، أو بإذا، نفي الموت إما مطلقا، أو من مرض خاص، فإنه يحنث؛ لأن العبارة أصبحت بمثابة قوله: أنت طالق لا أموت أو لا تموتين. وهذه صيغة بر، في معنى: أنت طالق إن مت، أي مطلقا، أو من هذا المرض فهو في الأول علق الطلاق على أمر محقق؛ لأن الموت واجب عادي، وفي الثاني علقه على أمر غير معلوم حالا(١).

(١، ٢) الدسوقي على الشرح الكبير جـ٢ ص ٣٩٥ - وانظر مواهب الجليل للحطاب جـ٤ ص ٧٧ وراجع ما كتبناه تعليقا وبيانا ليمين البر في ص ٥١٦ السابقة من هذا الكتاب.

الولاية على المحل

تعليق الطلاق على الزواج

من المتفق عليه أن الطلاق لا يقع إلا إذا صادف محلا مملوكا للزوج، وكان الطلاق صادرا ممن يملكه . ولكن إذا علق الرجل طلاق امرأة على زواجه بها ثم تزوجها فهل لهذا التعليق أثر ؟ في المذهب رأيان هما :

الرواية المشهورة

روى عن مالك أنه قال بصحة تعليق الطلاق على الزواج من أجنبية عن المعلق حال التعليق، وأنه إذا تزوجها وقع الطلاق عقب الزواج مباشرة، وأنه يستوى فى هذا أن يكون التعليق صريحا ، أو بالنية ، أو يدل عليه بساط . وهذا الرأى هو قول مالك الذى رجع إليه . وقد وافق به رأى أبى حنيفة وخالف رأى الشافعى رضى الله تعالى عنهم . فمن قال لأجنبية عنه : إن تزوجتك فأنت طالق ، أو قال خاطب الأجنبية حال خطبتها، وهى حاضرة معه، لخلاف نشأ بينه وبين أبيها : أنت طالق، أو قال لأجنبية : إن دخلت الدار فأنت طالق ونوى أن ذلك يكون بعد نكاحها[1] ثم تزوجها وقع الطلاق عقيب الزواج .

رأى آخر

وروى ابن وهب والمخزومى لاشىء عليه . فلا يقع الطلاق المعلق وقد أفتى بذلك ابن القاسم صاحب الشرطة . وقال ابن رشد : وذلك صحيح على أصولهم فى مراعاة الخلاف؛ لأن الخلاف فيه قوى مشهور(٢) وقد استدل لهذا القول بأحاديث كثيرة إلا أنها معلولة عند المحدثين. ومنهم من صحح بعضها ومنها

(١) منح الجليل على مختصر خليل للعلامة الشيخ محمد عليش جـ ٢ ص ١٣٤ .

(٢) التاج والأكليل على هامش مواهب الجليل على مختصر خليل جـ٤ ص٤٨ وانظر منح الجليل على مختصر خليل للشيخ عليش جـ٢ ص١٣٦ ، ١٣٧ .

قوله ﷺ: «لا طلاق إلا من بعد نكاح» وروى: «لا طلاق قبل نكاح» وروى: «لا طلاق فيما لا تملك»، وروى: «لا طلاق إلا فيما تملك، ولا عتق إلا فيما تملك، ولا بيع إلا فيما تملك، ولا وفاء إلا فيما تملك»؛ وقال البخاري: هذا أصح شيء في الطلاق قبل النكاح.

انحلال اليمين

تنحل اليمين في تعليق الطلاق على شيء بوجود المعلق عليه وبشرط أن يكون ذلك في حال وجود المرأة في عصمة زوجها فمن قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار، طلقت، وانحلت اليمين؛ لأن أداة التعليق هنا لا تفيد التكرار.

قال القرافي في آخر الفرق الثاني والثلاثين بعد المائة: وإذا قال إن دخلت الدار فعبد من عبيدي حر، أو امرأته طالق، فخالف ودخل، عتق عبد من عبيده، وطلقت امرأته طلقة واحدة، فإن عاد وخالف مقتضى التعليق لم يلزمه عتق عبد آخر، ولا طلقة أخرى. ثم قال: ومثل ذلك إذا حلف بالطلاق لا أكلم زيداً فخالع امرأته، وهو وكلم زيدا لم يلزمه بهذا الكلام طلاق. فلو رد امرأته وكلمه حنث عند مالك رحمه الله. وفي رسم شك من سماع ابن القاسم من الأيمان بالطلاق، وسئل مالك عن رجل يحلف بطلاق امرأته ألبتة إن خرجت إلى بيت أهلها إلا بإذنه إن لم يضربها، فخرجت مرة فضربها، هل ترى عليه شيئاً إن هي خرجت قال: لا، إلا أن يكون نوى ذلك.

ملك المحل بعد زواجها بآخر

لو قال رجل لامرأته: متى حللت حرمت بعد أن طلقها ثلاثاً؛ ثم تزوجت بآخر، وفارقها، وأراد الأول أن يتزوجها فهل يلزمه شيء لو فعل؟ سئل أبو القاسم بن سراج في ذلك فأجاب: بأن له أن يراجعها. وعلق على

ذلك صاحب مواهب الجليل فقال : والظاهر أنه يفصل فى ذلك؟ فإن أراد بقوله : متى حللت حرمت ، أنها إذا حلت له بعد زواجها زوجا غيره ، فهى حرام عليه ، وأن تزويجها لا يحلها ، فلا يلزمه شىء . كما قال المفتى . وإن أراد أنها إذا حلت له بعد زوج فان تزوجها فهى حرام ، فيلزمه التحريم فيها ويفصل فيه بين إن ، وكلما ، ومتى . ويأتى الكلام الذى فى هذه الحروف. والمتبادر من اللفظ هو المعنى الأول ؛ هو أن الحالف لما طلقها ثلاثا وحرمت عليه ، وكانت حرمة نكاحها ترتفع بزواجها ، أراد أن يبطل ذلك ، وأنه إذا حل زواجها له بعد زوج تصير عليه حراما كما كانت . هذا هو الظاهر من اللفظ . وإذا كان كذلك فلا يلزمه شىء ؛ لأنه بمنزلة من حرم تزويج امرأته على نفسه فانها تحرم عليه . وقد ذكر ابن سهل مسألة تشبه هذه أو هى أقوى من هذه، قال عنه وكتبت إليهم فيمن قال لزوجته :أنت طالق ثلاثا فتزوجها بعد زوج ، فكتب إليه ابن عتاب :لا تحرم عليه الأبد ، وله نكاحها بعد زوج إن شاء الله تعالى ، إلا أن يكون أراد بقوله أو بعد زوج إن تزوجها بعد زوج ، فهى طالق ثلاثا ،فان أراد هذا ، أو عقد عليها حلفه، فلا سبيل له إليها والله الموفق للصواب .

وقال ابن القطان : متى طلقت عليه البتة ، فلا تحرم عليه إن تزوجها بعد زوج . وله ذلك إن شاء الله تعالى . وجواب ابن مالك:الظاهر أن فيه تقديما أو تأخيرا ، وصوابه إذا طلقت عليه ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج،والله أعلم . وجواب ابن عتاب أتم من جوابها[1] .

حلف الزوج لا يرد مطلقته

سئل المازرى عمن طلق زوجته ثلاثا والتزم عدم ردها بعد زوج ، ولا تكون له زوجة ما دامت الدنيا . فأجاب : إن قال : لا أردها قولا مجرداً

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٦٣ ، ٦٤ .

من غير تعليق ما يوجب تحريمها ، ولا فهمته البينة عنه ، وليس فى سياق كلامه وقرائن أحواله ما يدل على ما ذكرناه فلا تحرم عليه .

متى ما تزوجتها فهى طالق ثلاثا وهى على حرام

وسئل المازرى أيضاً عمن كلم فى تزويج بعض قرابته ، ثم بلغه عن أبيها قبيح فقال : متى ما تزوجتها فهى طالق ثلاثا . وأردف وهى عليه حرام . فما يلزمه من ذلك ؟ وهل تحل له بعد زوج أم لا . ؟ فأجاب : متى تزوجها طلقت عليه . ثم إن تزوجها بعد زوج نظر فى قوله متى ما ، فإن أراد كلما تزوجها ، تكرر عليه الحنث . وإن أراد مرة واحدة فلا يتكرر .

لو صدر تعليق الطلاق من عوام الناس

نقل عن الشيخ أبو محمد الشبيبى أنه حكى بسنده عن ابن قداح الإفتاء بعدم لزوم التحريم فيمن طلق زوجته ثلاثا ، ثم وقعت بينهما خصومة فقال: هى على حرام وأراد أن يتزوجها بعد زواجها من زوج ثان ، وطلاقها منه ، وسند هذه الفتوى : أن العامة لا تعرف التعليق ، ولا تقصده ويقول صاحب مواهب الجليل[1] فى هذا الموضوع أيضاً : « وحكاه شيخنا الإمام عن شيخنا الفقيه القاضى أبى حيدرة ، وكان أولا يختار اللزوم وهو الذى حكاه فى مختصره ، ويقول : العامة تقصد التعليق ، ولكن لا تعرف أن تكنى عنه . ثم شهدته رجع إلى الفتوى بهذا فى وسط عمره وآخره ، ورأيت بخطه كذلك بعد أن حكى فيه ما تقدم ، وقال : إن أخذ السائل بالرخصة لم أعبه . وسلكه الآن أتباعه من بعده . انتهى[1] .

أنت على حرام فى الدنيا والآخرة

وسئل الفقيه أبو على القورى ، فيمن قال لامرأته : أنت حرام على فى

---

(١) انظر مواهب الجليل شرح مختصر خليل جـ ٤ ص ٥٢ وفتح الجليل على مختصر خليل جـ ٢ ص ١٣٥ والدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٩٢ .

الدنيا والآخرة . هل تحرم عليه أبدا ولو بعد زوج آخر ؟ فأجاب : إن له نكاحها بعد زوج[1] .

القرينة توضح القصد

سئل ابن سراج فى رجل قصد غشيان زوجته ، فلم تطاوعه فقال لها فى الحين : هى حرام على فى هذه الساعة . وخرج عن السرير حيث كان معها مضطجعا ، فما يجب عليه فى قوله هذا ؟ فأجاب : الحمد لله ، ذكر موصله أنه الحالف ، وأنه لم ينو بقوله : هى عليه حرام طلاقا ، ولا تحريماً . وإنما أراد الامتناع منها فى الحال . والجواب : أنه لا يلزمه لعدم النية على الصحيح[2] .

كل امرأة يتزوجها عليها طالق

فى المدونة : إن من قال لزوجته : كل امرأة أتزوج عليك طالق ، ثم طلق المحلوف لها ، واحدة . فانقضت عدتها، ثم تزوجها ثم تزوج عليها أجنبية ، أو تزوج الأجنبية ، ثم تزوجها هى عليها . فإن الأجنبية تطلق فى الوجهين، ما بقى من طلاق الملك الأول شىء ، ولا حجة له إن قال : إنما تزوجتها على غيرها . ولم أنكح غيرها عليها ، ولا أنويه . وإن ادعى نية لأن قصده ألا يجمع بينهما ؛ لأن اليمين على نية المحلوف لها أما لو قال : كل امرأة أتزوجها ما عاشت فلانة طالق . لزمه الطلاق سواء كانت فلانة تحته أم لا . فإن كانت تحته فطلقها فإن نوى بقوله : ما عاشت أى ما دامت تحتى فله نية . فإن لم تكن له نية لم يتزوج ما بقيت إلا أن يخشى العنت .

عدد الطلقات رهن بصفة الزوج

للحر ثلاث طلقات وللعبد طلقتان . فلو علق عبد الثلاث على الدخول بأن قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار ، ثم عتق فدخلت الدار[3] طلقت ثلاثاً . ولو قال اثنتين بقيت واحدة . ولو طلق واحدة ،

(١، ٢، ٣) انظر مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٤ ص ٥٢ وفتح الجليل على مختصر خليل ج ٢ ص ١٣٥ والدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٩٢ .

ثم عتق بقيت واحدة ؛ لأنه طاق النصف . قال فى المدونة : كحر طلق طلقة ونصف طلقة .

المذهب الحنبلى

إضافة الطلاق إلى زمن ووصف

جعل الزمن ظرفاً للطلاق

قال الحنابلة : إذا جعل الزوج طلاق زوجته فى زمن معين وقع الطلاق فى أول جزء منه وفرعوا على ذلك فقالوا : إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق فى رمضان مثلا، وقع الطلاق فى أول جزء من الليلة الأولى منه، وذلك حين تغرب الشمس من آخر يوم من الشهر الذى قبله وهو شهر شعبان . وقال الحنابلة تعليلا لما تقدم : أن الرجل جعل الشهر ظرفا للطلاق ، فإذا وجد ما يكون ظرفا له طلقت كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق ، فإذا دخلت أول جزء منها طلقت[1] .

عدم وقوع الطلاق قبل وجود الزمن أو الصفة

وقال الحنابلة : إذا أوقع الرجل الطلاق فى زمن ، أو علقه بصفة تعلق بها ، ولم يقع حتى تأتى الصفة والزمن وهم بذلك القول يوافقون الأحناف، والشافعية . أما المالكية فقد سبق أن أبنا أن رأيهم هو وقوع الطلاق منجزاً إذا ما علق بصفة تأتى لا محالة وأنهم قالوا : إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق إذا دخل رمضان يقع الطلاق فى الحال ؛ لأن النكاح لا يكون مؤقتا بزمان فالنكاح المؤقت باطل .

دليل الحنابلة

قال الحنابلة : ان الطلاق المضاف إلى زمن معين ، أو إلى صفة تحدث

(١) المغنى لابن قدامة ص ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٣٥٨ ، ٣٥٩ .

فى زمن معين هو تعليق للطلاق على أمر لم يوجد الا عند وجود ما علق عليه، والطلاق إزالة للملك وازالة الملك يصح تعليقه بالصفات، فمتى علقه الزوج بصفة لم يقع قبلها كالعتق. كذلك احتج الحنابلة بما روى عن ابن عباس أنه كان يقول فى الرجل يقول لامرأته: أنت طالق إلى رأس السنة، قال: يطأ فيما بينه، وبين رأس السنة. كما احتجوا بقول أبى ذر: « إن لى إبلا يرعاها عبد لى وهو عتيق إلى الحول »

رد اعتراض

وقد رد الحنابلة ماأثاره المالكية من أن القول بوقوع الطلاق عند وجود الزمن المعلق عليه يلزم منه توقيت نكاح المرأة المعلق طلاقها على وجود الزمن. والنكاح المؤقت باطل؛ فقالوا: ان الرجل اذا أوقع الطلاق فى زمن ليس هذا توقيتا للنكاح، وإنما هو توقيت للطلاق. وهذا لا يمنع؛ كما أن النكاح لايجوز أن يكون معلقا بشرط. والطلاق يجوز فيه التعليق.

أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا

وقال الحنابلة بوقوع الطلاق عند حلول أول الوقت المعلق عليه الطلاق فيما لو قال الرجل لامرأته: أنت طالق إلى شهر كذا، أو سنة كذا. وخالفهم فى هذه الحالة أبو حنيفة فقال بوقوع الطلاق فى الحال؛ لأن قول الرجل لزوجته: «أنت طالق» إيقاع فى الحال. وقوله إلى شهر كذا تأقيت له، وغاية. والطلاق لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق.

رد الحنابلة شبه الأحناف:

قال الحنابلة: ان قول الرجل لزوجته: أنت طالق إلى شهر كذا، أو سنة كذا، كما يحتمل أن يكن توقيتا للطلاق وغاية، يحتمل كذلك أن يكون توقيتا لإيقاع الطلاق كقول الرجل: أنا خارج إلى سنة أى بعد سنة، وإذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك. بل ان احتمال كون قوله:

« إلى سنة ، أو إلى شهر » أنه توقيت لإيقاع الطلاق يترجح ؛ لأمرين :
إحدهما : أنه جعل للطلاق غاية ، ولا غاية لآخره ، وإنما الغاية لأوله .
والثانى — أن حمل هذا القول على أنه توقيت لإيقاع الطلاق هو عمل
باليقين لا يزول إلا بيقين مثله . وقال الحنابلة : إن ابن عباس وأبا ذر قالا
بما يستفاد منه ترجيح عدم وقوع الطلاق فى مثل هذه الحالة ؛ فقد روى أن
ابن عباس كان يقول فى الرجل يقول لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة :
أنه له إن يطأ زوجته هذه فيما بين قوله هـذا وبين رأس السنة — وروى
عن أبى ذر أنه قال : « إن لى إبلا يرعاها عبد لى وهو عتيق إلى الحول »
ولم يقل أحد من المخالفين بأنه يعتق فورا فى هذه الحالة فكذلك الطلاق .

الزمن بالتقويم القمرى ويبدأ من وقت الحلف

وقال الحنابلة : إذا قال الرجل لزوجته : إذا مضت سنة فأنت طالق ،
أو أنت طالق إلى سنة ، فإن ابتداء السنة من حين حلف إلى تمام اثنى عشر
شهرا بالأهلة ؛ لقوله تعالى . (يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس
والحج) ؛ فإن حلف فى أول الشهر ، فإذا مضى اثنا عشر شهرا وقع طلاقه ،
وإن حلف فى أثناء شهر عددت مابقى منه ثم حسبت بعد بالأهلة ، فإذا
مضت أحد عشر شهرا نظرت مابقى من الشهر الأول فكملته ثلاثين يوما ؛
لأن الشهر اسم لما بين هلالين ؛ فإن تفرق كان ثلاثين يوما . ووجهه : أنه
أمكن استيفاء أحد عشر شهرا بالأهلة فوجب الاعتبار بها . كما لو كانت يمينه
فى أول الشهر .

رأى آخر

وفى المذهب رأى بأن تعتبر الشهور كلها بالعدد . نص عليه أحمد فيمن
نذر صيام شهرين متتابعين فاعتبر الأيام : قال يصوم ستين يوما ، وإن
ابتدأ من شهر فصام شهرين [illegible] وخمسين يوما أجزأه ؛ وذلك لأن

لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذى يليه ، فكان ابتداء الثانى من نصفه ، فوجب أن يكمله بالعدد ، وهذا المعنى موجود فى السنة .

تعليق الطلاق على رؤيته الهلال

ولو قال لزوجته : أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان فيرى الحنابلة، كما يرى الشافعية .وقوع الطلاق برؤية الناس للهلال أول الشهر كما يرى الحنابلة وقوع الطلاق أيضا إذا كمل الشهر بتمام العدد ولو لم ير الهلال أحد . وقال أبو حنيفة بوقوع الطلاق برؤيته هو فقط لا برؤية أحد للهلال غيره؛ لأنه علق الطلاق برؤية نفسه ، فأشبه ما لو علقه على رؤية شخص معين كعلى أو محمد مثلا .

تعليل الحنابلة

وعلل الحنابلة لرأيهم فقالوا : إن رؤية الهلال فى عرف الشرع معناها العلم به فى أول الشهر ، بدليل قوله عليه السلام : «إذا رأيتم الهلال فصوموا ، وإذا رأيتموه فأفطروا» والمراد به رؤية البعض وحصول العلم. فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع ، كما لو قال : إذا صليت فأنت طالق . فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية ، لا إلى الدعاء . وكذلك يقع الطلاق بتمام الشهر بالعدد ولو لم ير الهلال أحد ؛ لأنه قد علم بتمام العدد ، وإن قال أردت إذا رأيته بعينى قبل ؛ لأنها رؤية حقيقية .

رد شبه الحنفية

وقال الحنابلة:إن تعليق الزوج الطلاق على رؤيته هو للهلال لا يقاس على تعليقه الطلاق برؤية شخص معين له فإن رؤية محمد ، أو على ، للهلال لم يثبت له عرف شرعى يخالف الحقيقة بخلاف مسألتنا .

إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل مقيد بشرط

إذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق غدا إذا قدم زيد فيرى الحنابلة

أن المرأة لا تطاق حتى يقدم ، لأن إذا اسم زمن مستقبل فمعناه أنت طالق غداً، وقت قدوم زيد فإن لم يقدم زيد فى غد لم تطاق، وإن قدم بعده ؛ لأنه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد . وإن ماتت غدوة وقدم زيد بعد موتها لم تطاق ؛ لأن الوقت الذى أوقع فيه طلاقها لم يأت وهى محل للطلاق فلم يطلق . كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم .

النية تحدد المراد

وقال الحنابلة : لو قال الرجل لزوجته أنت طالق يوم يقدم زيد . فقدم ليلا لم تطلق ؛ لأنه لم يوجد الشرط إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه ؛ لأن الوقت يسمى يوما قال تعالى (ومن يولهم يومئذ دبره) .

تعليق الطلاق بمستحيل

١ — إذا علق الرجل طلاق زوجته على محال وجوده بأن قال : أنت طالق اليوم إذا جاء غد ففى المذهب قولان :

الأول — إلغاء الشرط ووقوع الطلاق فى الحال . واختار هذا الرأى القاضى ؛ لأن الرجل علق الطلاق بشرط محال فلغا الشرط ووقع الطلاق، كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ، ولا بدعة : أنت طالق للسنة .

الثانى — عدم وقوع الطلاق ؛ لأنه طلاق معلق على شرط ، والشرط لم يتحقق ؛ لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد فى اليوم ، ولا يأتى غد إلا بعد فوات اليوم وذهاب محل الطلاق .

٢ — ولو قال الرجل ، أنت طالق أمس، ولا نية له، فظاهر كلام أحمد أن الطلاق لا يقع، فروى عنه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس، وإنما تزوجها اليوم ، ليس بشىء. وهذا قول أبى بكر .

وجهة نظر أصحاب هذا الرأى

قال أصحاب هذا الرأى : إن الطلاق رفع الاستباحة ، ولا يمكن

رفعها فى الزمن الماضى فلم يقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين ، فقدم اليوم ، فانه باتفاق فقهاء المذهب لا يقع الطلاق فكذلك هذا . وأيضا هذا الطلاق فى زمن ماض . ولأنه علق الطلاق بمستحيل ، فلغا ، كما لو قال : أنت طالق إن قلبت الحجر ذهبا . ومثل ذلك كله ما لو قال: أنت طالق قبل أن أتزوجك . لكن القاضى قال : رأيت بخط أبى بكر فى جزء مفرد أنه قال : إذا قال أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت . ولو قال أنت طالق أمس لم يقع ؛ لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، وقبل تزويجها متصور الوجود . فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً ، وهذا الوقت قبله فوقع فى الحال .

رأى آخر

قال القاضى فى بعض كتبه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس : إن الطلاق لم يقع ، كمن قال لمن لا سنة لها ولا بدعة : أنت طالق طلقة لا تلزمك .

تنبيه

١ — اتفق فقهاء الحنابلة على وقوع الطلاق، فى الحال ، فيما لو قال الرجل لزوجته : «أنت طالق أمسك» ، أو «أنت طالق قبل أن أتزوجك» ، وقصد إيقاع الطلاق فى الحال مستندا إلى ذلك الزمان .

٢ — لو قصد الأخبار بعبارته السابقة بأنه كان قد طلقها هو ، أو زوج قبله فى ذلك الزمان الذى ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه هذا الادعاء . وإن لم يكن وجد وقع طلاقه . ذكره أبو الخطاب . وقال القاضى : يقبل مع ظاهر كلام أحمد ، لأنه فسره بما يحتمله ، ولم يشترط الوجود[١] .

تعليق الطلاق بحرف يقتضى التكرار :

يختلف الحال بالنسبة لعبارة المطلق فيما إذا استعمل حرفا يقتضى التكرار وبيان ذلك فيما يلى :

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج٧ ص ٣٦٤ مطبعة الامام تصحيح الدكتور محمد خليل هراس .

أولا - فى المدخول بها

إذا قال الرجل لزوجته : «كلما طلقتك فأنت طالق» ثم قال لها بعد ذلك: «أنت طالق» أو قال لها : «إن دخلت الدار فأنت طالق» ، فدخلت الدار ، وقعت طلقتان وتوضيح ذلك ما يأتى:

العبارة الأولى :

حينما قال : «أنت طالق» بعد قوله لها : كلما طلقتك فأنت طالق — وقع بقوله: «أنت طالق» طلقة واحدة ، ووقع بالصفة طلقة أخرى فكان المجموع طلقتين : إحداهما بالمباشرة والأخرى بالصفة «كلما طلقتك فأنت طالق» ولا تقع ثالثة ؛ لأن الطلقة الثانية ، لم تقع بإيقاعه ، بعد عقد الصفة ؛ لأن قوله : «كلما طلقتك» يقتضى : كلما أوقعت عليك الطلاق . وهذا يقتضى تجديد إيقاع الطلاق بعد هذا القول . وإنما وقعت الثانية بهذا القول .

العبارة الثانية :

وكذلك الحال فى قوله «إن دخلت الدار ، فأنت طالق» بعد قوله لها أولا : كلما طلقتك فأنت طالق ، حيث تقع طلقة بدخولها الدار ، وأخرى بالصفة ؛ لأنه قد طلقها . ولم تقع الثالثة .

الحالة الثانية :

أما إذا قال الرجل لامرأته المدخول بها : كلما أوقعت عليك طلاقاً «فأنت طالق» فالمشهور فى المذهب أن هذه الحالة كالحالة الأولى... حالة ما إذا قال لها : كلما طلقتك فأنت طالق .

ونسب إلى القاضى فى هذه المسألة أنه قال : إذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها ، بعد قوله : إذا أوقعت عليك طلاقا فأنت طالق لم تطلق ؛ لأن ذلك ليس بإيقاع منه .

اعتراض على الرأى الثانى :

وقد اعترض على الرأى الأخير المنسوب للقاضى : بأن الرجل أوقع الطلاق على امرأته بشرط ، فإذا وجد الشرط فهو الموقع للطلاق عليها ، فلا فرق بين هذا ، وبين قوله : إذا طلقتك ، فأنت طالق[١] .

الحالة الثالثة :

أما إذا قال الرجل لامرأته المدخول بها : «كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق» ثم وقعت عليها طلقة بالمباشرة، أو بصفة عقدها، قبل ذلك أو بعده، طلقت ثلاثا . فلو قال لها: إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق » ثم خرجت ، فقد وقعت عليها طلقة بالخروج ، ثم وقعت الثانية بوقوع الأولى ، ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية .

تعليل هذا الرأى :

قال الحنابلة : إن « كلما » تقتضى التكرار ، وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق ، فكيفما وقع يقتضى وقوع أخرى .

ثانياً – غير المدخول بها

ما تقدم كان فى المرأة المدخول بها ، فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة فى جميع ماتقدم .

الحلف بالطلاق

ماهية الحلف :

اختلف الحنابلة فى الحلف بالطلاق... فنهم من يرى أنه هو تعليق الطلاق على شرط، أى شرط كان، إلا ما استثنى . ومنهم من يحصره فى أمور معينة . وتفصيل ذلك فيما يلى :

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٣٦٦ .

الرأى الأول

نقل عن القاضى فى الجامع ، وأبو الخطاب : أن الحلف بالطلاق : هو تعليقه على شرط ، أى شرط كان ، إلا قوله : إذا شئت فأنت طالق ونحوه ، فإنه تمليك ، وإذا حضت فأنت طالق . فإنه طلاق بدعة ، وإذا طهرت فأنت طالق ، فإنه طلاق سنة ؛ لأن ذلك يسمى حلفا عرفا ، فيتعلق الحكم به . كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ؛ ولأن فى الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب ، فأشبه قوله : والله ، وبالله ، وتالله .

الرأى الثانى :

الحلف بالطلاق هو تعليق الطلاق على شرط يمكن فعله وتركه

رأى ثالث :

ونقل عن القاضى فى المجرد رأى آخر يفيد أن الحلف بالطلاق هو تعلقيه على شرط يقصد به الحث على الفعل ، أو المنع منه ، كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق أو إن لم تدخلى فأنت طالق . أو الحث على تصديق مخبره مثل قوله : أنت طالق لو قدم فلان ، أو إن لم يقدم . فأما التعليق على غير ذلك ، كقوله : أنت طالق ، إن طلعت الشمس ، أو قدم الحاج ، أو إن لم يقدم السلطان . فهو شرط محض ليس بحلف ؛ لأن حقيقة الحلف القسم ، وإنما سمى تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا ؛ لمشاركته الحلف فى المعنى المشهور وهو الحث ، أو المنع ، أو تأكيد الخبر نحو قوله : والله لأفعلن ، أو لا أفعل ، أو لقد فعلت ، أو لم أفعل . وما لم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا . وتفريعا على ما تقدم لو قال الرجل لزوجته : إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال : إذا طلعت الشمس فأنت طالق . لم تطلق فى الحال ؛ لأنه ليس بحلف . بينما تطلق على القول الأول ؛ لأنه حلف . وإن قال : كلما كلمت أباك فأنت طالق . طلقت على القولين جميعا ، لأنه علق طلاقها على شرط

يمكن فعله ، وتركه . فكان حلفا كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق[١].

أنت طالق لأقومن

قال الحنابلة : لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق لأقومن، وقام، لم تطلق زوجته . فإن لم يقم فى الوقت الذى عينه حنث ؛ لأنه حلف بر فيه ، فلم يحنث . كما لو حلف بالله تعالى .

تعليق الطلاق على عدة صفات

إذا علق الرجل طلاق زوجته على صفات ، فاجتمعت فى شىء واحد ، وقع بكل صفة ما علق عليها . كما لو وجدت متفرقة . فلو قال لامرأته : إن كلمت رجلا فأنت طالق ، وإن كلمت طويلا فأنت طالق ، وإن كلمت أسود فأنت طالق . فكلمت رجلا أسود طويلا ، طلقت ثلاثا . وإن قال لها : إن أكلت رمانة فأنت طالق ، وإن أكلت نصف رمانة فأنت طالق . فأكلت رمانة طلقت ثنتين .

يرجع إلى النية والقرائن لمعرفة المراد

وقال الحنابلة : إن القرائن، والنوايا يستدل بها على المراد من اللفظ إذا لم يكن ظاهرا؛ لأن مبنى الأيمان على النية. فلو قال رجل لزوجته : كلما أكلت رمانة ، فأنت طالق ، وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة طلقت ثلاثا ؛ لأن كلما تقتضى التكرار . وفى الرمانة نصفان، فتطلق بأكلها طلقتين ، وبأكل الرمانة طلقة . فإن نوى بقوله : نصف رمانه ، نصفا مفردا عن الرمانة المشروطة ، أو كانت مع الكلام قرينة تقتضى ذلك لم يحنث حتى تأكل ما نوى تعليق الطلاق به ؛ لأن مبنى الأيمان على النية[٢].

اليمين على التراخى إذا لم يعين له وقتا

قال الحنابلة : إذا حلف الرجل ليفعلن شيئا ، ولم يعين له وقتا بلفظه ،

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٣٧٠ ، ٣٧٤ تصحيح الدكتور محمد خليل هراس مطبعة الإمام .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٣٧٦ ، ٣٧٨ ، ٣٧٩ ، ٣٨٠ .

ولا بنيته ، فهو على التراخى ؛ فإن لفظه مطلق بالنسبة إلى الزمان كله ، فلا يتقيد بدون تقييده . ولذلك لما قال الله تعالى فى الساعة : « بلى وربى لتأتينكم » ، وقال : « قل بلى وربى لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم » ، قال : « لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين » كان ذلك على التراخى فإن الآية أنزلت فى نوبة الحديبية فى سنة ست ، وتأخر الفتح إلى سنة ثمان . ولذلك روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : « قلت للنبى صلى الله عليه وسلم : أو ليس كنت تحدثنا أنا سنأتى البيت ونطوف به ؟ قال : بلى ، أفأخبرتك أنك آتيه العام ؟ قلت : لا ، قال : فإنك آتيه ومطوف به » وهذا مما لا خلاف فيه ، نعلمه .

وتفريعا على ما تقدم قال الحنابلة : إذا قال الرجل لزوجته : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم يطلقها حتى مات ، أو ماتت ، وقع الطلاق بها فى آخر الأوقات . وقالوا توضيحا لذلك : إن حرف « إن » موضوع للشرط ، لا يقتضى زمنا ، ولا يدل عليه ، إلا من حيث إن الفعل المعلق به من ضرورته الزمان ، وما حصل ضرورة لا يتقيد بزمن معين ، ولا تعجيلا . فما علق عليه كان على التراخى . سواء فى ذلك الإثبات والنفى . فعلى هذا إذا قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتا ، ولم يطلقها كان ذلك على التراخى ، ولم يحنث بتأخيره ، لأن كل وقت يمكن أن يفعل ما حلف عليه ، فلم يفت الوقت ، فاذا مات أحدهما علمنا حنثه ؛ لأنه لا يمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين أنه وقع إذ لم يبق من حياته ما يتسع لتطليقها .

للحالف وطء زوجته

المشهور فى المذهب الحنبلى أن من قال : « إن لم أطلقك فأنت طالق » لا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وروى الأثرم عن أحمد أنه يمنع من الوطء حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق . وبالرأى الأخير قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبى ويحيى الأنصارى وربيعة ومالك وابو عبيد — ونقل عن

الأنصاري وربيعة ومالك أنه يضرب للحالف أجل المولى كما لو حلف ألا يطأها.

دليل الرأى الراجح :

واستدل للرأى الراجح فى المذهب الحنبلى القائل بأن الحالف لا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه ، بأن نكاح الرجل صحيح لم يقع فيه طلاق ، ولا غيره من أسباب التحريم ، لحل له الوطء فيه . كما لو قال : إن طلقتك فأنت طالق — وقالوا : إن القول بمنع الحالف من وطء زوجته المحلوف عليها اعتمادا على أن الأصل عدم الفعل ، ووقوع الطلاق غير مسلم به ، إذ هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق ، فلم يقتض حكمه ، وهو المنع من الوطء ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر ، كما لو طلقها ناجزاً ، وعلى أن الطلاق هنا إنما يقع فى زمن لا يمكن الوطء بعده بخلاف قوله : إن وطئتك فأنت طالق .

الميراث فى الطلاق الرجعى

قال الحنابلة أيضاً : إذا كان المعلق طلاقاً بائناً فماتت لم يرثها ؛ لأن طلاقه أبانها منه ، فلم يرثها كما لو طلقها ناجزاً عند موتها . وإن مات ورثته . نص عليه أحمد فى رواية أبى طالب ، إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا إن لم أتزوج عليك ، ومات ولم يتزوج عليها ، ورثته ، وإن ماتت لم يرثها . وذلك لأنها تطلق فى آخر حياته فأشبه طلاقه لها فى تلك الحال . قال صاحب المغنى[1] : « ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضاً ، وهذا قول سعيد بن المسيب ، والحسن ، والشعبي ، وأبى عبيد ؛ لأنه إنما طلقها فى صحته وإنما يتحقق شرط وقوعه فى المرض فلم ترثه ، كما لو علقه على فعلها ففعلته فى مرضه .

الحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق

الحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بها ستة هى : إن ، وإذا ، ومتى ، ومن ، وأى ، ، كلما .

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٣٨٠ .

اقتضاء حروف التعليق التراخي أو الفورية

١ — اقتضاء التراخي

قال صاحب المغني بعد أن ذكر الحروف الستة سالفة الذكر : « فمتى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخي مثل قوله : إن خرجت ، وإذا خرجت ، ومتى خرجت ، وأي زمان ، وأي وقت خرجت ، وكلما خرجت ، ومن خرجت منكن ، وأيتكن خرجت فهي طالق . فمتى وجد الخروج طلقت ، وإن مات أحدهما سقطت اليمين(١) » .

٢ — اقتضاء الفورية

وأشار صاحب المغني إلى اقتضاء أدوات التعليق الفورية فقال : « فأما إن علق الطلاق بالنفي بواحد من هذه الحروف كانت «إن» على التراخي ، ومتى ، وأي ، ومن ، وكلما على الفور ؛ لأن قوله متى دخلت فأنت طالق يقتضي أي زمان دخلت فأنت طالق وذلك شائع في الزمان كله فأي زمن دخلت وجدت الصفة . وإذا قال متى لم تدخلي فأنت طالق . فإذا مضى عقيب اليمين زمن لم تدخل فيه وجدت الصفة ؛ فإنها اسم لوقت الفعل فيقدر به ، ولهذا يصح السؤال به فيقال متى دخلت ؟ أي أي وقت دخلت . وأما «إن» فلا تقتضي وقتاً ، فقوله : إن لم تدخلي لا يقتضي وقتاً ، إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا في وقت فهي مطلقة في الزمان كله وأما إذا فيها وجهان أحدهما : هي على التراخي : وهو رأي القاضي . وقد وافق بذلك رأي أبي حنيفة . وقد احتج لهذا الرأي بأن إذا تستعمل شرطاً بمعنى إن قال الشاعر :

استغن ما أغناك ربك بالغنى ... وإذا تصبك خصاصة فتجمل

فقد جزم بها الفعل كما يجزم بإن ؛ ولأنها تستعمل بمعنى متى ، وإن ، وإذا احتملت الأمرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال .

---

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي ج ٧ ص ٣٤٢ ، ٣٨٣ .

أما الوجه الآخر. فهو أنها على الفور ؛ لأنها اسم لزمن مستقبل فتكون كمتى ، وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها : فإن متى يجازى بها ، ألا ترى إلى قول الشاعر :

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره .·. تجد خير نار عندها خير موقد

ومن يجازى بها أيضاً ، وكذلك أى ،وسائر الحروف[1] .

الأدوات التى تقتضى التكرار :

حروف التعليق السنة السابق ذكرها ليس فيها مايقتضى التكرار إلا كلما. وذكر أبو بكر فى متى : أنها تقتضى التكرار أيضاً ؛ لأنها تستعمل للتكرار بدليل قوله :

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره .·. تجد خير نار عندها خير موقد

أى فى كل وقت ؛ ولأنها تستعمل فى الشرط والجزاء ، ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه . والصحيح أن متى لا تقتضى التكرار ؛ لأنها اسم زمن بمعنى وقت ، وبمعنى إذا ، فلا تقتضى مالا يقتضيانه . وكونها تستعمل للتكرار فى بعض أحيانها ، لايمنع استعمالها فى غيره مثل إذا ،وأى وقت ، فإنهما يستعملان فى الأمرين. قال الله تعالى : (وإذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا فأعرض عنهم[2]) وقال تعالى (وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم[3]) وقال تعالى (وإذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبيتها)[4] وقال الشاعر :

قوم إذا الشر أبدى ناجذيه لهم .·. طاروا إليه زرافات ووحدانا

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٣ ص ٣٨٢ ، ٣٨٣ .

(٢) الآية رقم ١٨ من سورة (الأنعام)

(٣) الآية رقم ٥٤ من سورة (الأنعام)

(٤) الآية رقم ٢٠٣ من سورة (الأعراف)

وكذلك أي وقت، وأي زمان، فإنهما يستعملان للتكرار. وسائر الحروف يجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره، لا تحمل على التكرار إلا بدليل، فكذلك متى[1].

تكرار الطلاق بتكرار الصفة :

لو قال الرجل لزوجته التي دخل بها : «كلما لم أطلقك فأنت طالق» وقع بها الثلاث في الحال؛ لأن كلما تقتضي التكرار؛ قال الله تعالى : (كلما جاء أمة رسولها كذبوه) وقال (كلما دخلت أمة لعنت أختها) فيقتضي تكرار الطلاق تكرار الصفة، والصفة عدم تطليقه لها. فإذا مضى بعد يمينه زمن يمكن أن يطلقها فيه فلم يطلقها، فقد وجدت الصفة، فتقع طلقة، وتتبعها الثانية والثالثة إن كانت مدخولا بها. وإن لم تكن مدخولا بها، بانت بالأولى ولم يلزمها ما بعدها؛ لأن البائن لا يلحقها طلاق.

لا تكرار للطلاق إذا لم تكن الأداة تقتضي التكرار :

وإذا كانت أداة التعليق لا تقتضي تكراراً للفعل كالتعليق بإذا، ومتى، وإن، وأي وقت، فالقول الراجح في المذهب أن الطلاق لا يتكرر بل تنحل اليمين بحصول الفعل مرة، فإذا حصل بعد ذلك فلا يقع طلقة ثانية، ولا ثالثة — فمن قال لزوجته المدخول بها : إن لم أطلقك فأنت طالق، أو متى لم أطلقك فأنت طالق، أو أي وقت لم أطلقك فأنت طالق. فإنها تطلق واحدة، ولا يتكرر إلا على قول أبي بكر في متى فإنه يراها للتكرار، فيتكرر الطلاق بها مثل كلما.

تقديم الجزاء على الشرط :

وحروف الشرط السابق ذكرها، إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف في الجزاء كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار.

---

[1] [illegible] طبعة الإمام تصحيح الدكتور محمد خليل هراس.

تأخير الجزاء وتقديم الشرط :

أما إذا تأخر الجزاء فإنها تحتاج فى الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق وذلك ليرتبط الجزاء بالشرط ؛ إذ الفاء للتعقيب ، فتدل على تعقيب الجزاء على الشرط . ولذلك لا تطلق المرأة التى قال لها زوجها : إن دخلت الدار فأنت طالق إلا إذا دخلت الدار : ولو خلت العبارة من الرابط لم تطلق أيضاً إلا إذا دخلت الدار باعتبار أن الفاء مقدرة وإن الجزاء مترتب على الشرط : لأنه فى قوله : « إن دخلت الدار أنت طالق » قد أتى بحرف الشرط فيدل ذلك على انه أراد التعليق به ، وإنما حذف الفاء وهى مرادة كما يحذف المبتدأ تارة ويحذف الخبر أخرى ، لدلالة باقى الكلام على المحذوف . ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير ، فكأنه أراد : أنت طالق إن دخلت الدار فقدم الشرط ومراده التأخير . ومهما أمكن حمل كلام العاقل على الفائدة ، وتصحيحه عن الفساد واجب . وفى تقديرنا للفاء تصحيح للكلام ومنعاً لإلغائه — لكن لو قال الرجل أردت بقولى إن دخلت الدار . أنت طالق إيقاع الطلاق فى الحال ، وقع ؛ لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ .

ربط الشرط بالجزاء بالواو :

وإن قدم الشرط وأخر الجزاء وربط بينهما بالواو وقع الطلاق فى الحال ؛ لأن معناه أنت طالق فى كل حال ، ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبى صلى الله عليه وسلم « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وإن زنى ، وإن سرق » ، وقال صلى الله عليه وسلم : « صلهم وإن قطعوك ، وأعطهم وإن حرموك » — فإذا ادعى الحالف أنه أراد الشرط صدق ديانة. أما قضاء فهناك روايتان .

ربط الشرط بالجزاء بالفاء والعطف عليه بالواو :

ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الأخرى . فإذا دخلت الأولى الدار طلقت سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل . ولا تطلق بدخول الأخرى ؛ لأن ذلك هو مقتضى اللغة .

وقال ابن الصباغ : تطلق بدخول كل واحدة منهما — فإذا ادعى أنه جعل الثانى شرطا لطلاقها أيضاً طلقت بكل واحد منهما ؛ لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ .

ولو قدم الجزاء بأن قال أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن دخلت الأخرى ، طلقت بدخول إحداهما الدار ؛ لأنه عطف شرطا على شرط . فإن قال : أردت أن دخول الثانية يمنع وقوع الطلاق . قبل منه ، لأنه محتمل ، وطلقت بدخول الأولى وحدها[1] .

استعمال لو أداة شرط :

لو قال الرجل لزوجته : أنت طالق لو قمت ، كان ذلك شرطا بمنزلة قوله : إن قمت ، فلا تطلق إلا إذا قامت : لأنها لو لم تكن للشرط ، كانت لغوا . والأصل اعتبار كلام المكلف .

قول آخر :

وقيل إن قول الرجل لامرأته ، أنت طالق لو قمت، يقع الطلاق فى الحال؛ لأنها بعد الإثبات تستعمل لغير المنع كقوله تعالى : (وإنه لقسم لو تعلمون عظيم[2]) وقوله تعالى (ورأو العذاب لو أنهم كانوا يهتدون)

ولو قال : أردت أن أجعل لها جوابا صدق ديانة، ولكن قضاء هل يقبل

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج٧ ص ٣٨٥

(٢) الاية رقم٧٦ من سورة الواقعة

ادعاؤه ؟... يخرج على روايتين[1]

تعليق الطلاق بشرطين.

لو علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعا. هذا هو الرأى المشهور والراجح فى المذهب. وخرج القاضى وجها فى وقوع الطلاق بوجود أحد الشرطين المعلق بهما، بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف ألا يفعل شيئا ففعل بعضه. وقد اعترض على هذا القول بأنه بعيد جدا. وهو مخالف لأصول الشرع، فضلا عن مخالفته لمقتضى اللغة والعرف وعامة أهل العلم، فانه لا خلاف بينهم فى المسائل التى ذكرناها فى الشرطين جميعا، وإذا كان قد حكم بعدم الطلاق فيما لو أخل بترتيب الشرطين فى الشرطين المرتبين فى مثل قوله: إن أكلت ثم لبست فأنت طالق، فإذا لبست ثم أكلت لا يقع الطلاق، فباخلاله بالشرط كله من باب أولى ألا يحكم بالطلاق. ولأنه يلزم من القول بوقوع الطلاق بوجود أحد الشرطين وقوع الطلاق فى حالة ما إذا قال الرجل لزوجته: إذا مضى شهران فأنت طالق، ومضى شهر أو أقل، مع أنه لا خلاف فى أن المرأة، فى هذه الحالة، لا تطلق قبل مضى الشهرين. وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما.

رد شبهة:

وقد رد صاحب المغنى[2] على ما قيل من أن الطلاق المعلق بشرطين يقع بوجود أحدهما قياسا على أن من حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه يحنث فكذلك هذا، فقال: « وقد نص أحمد على أنه إذا قال: إن حضت حيضة فأنت طالق. وإذا قال: إذا صمت يوما فأنت طالق، أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة، وإذا غابت الشمس من اليوم الذى تصوم فيه طلقت. وأما اليمين: فانه متى كان فى لفظه، أو نيته مايقتضى جميع المحلوف عليه،

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٧ ص ٣٨٥.
(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٧ ص ٣٨٧

لم يحنث إلا بفعل جميعه . وفى مسألتنا مايقتضى تعليق الطلاق بالشرطين معا لتصريحه بهما . وجعلها شرطا للطلاق ، والحكم لايثبت بدون شرطه. على أن اثنين مقتضاها المنع مما حلف عليه ، فيقتضى المنع من فعل جميعه ؛ لأن نهى الشارع عن شىء يقتضى المنع من كل جزء منه كما يقتضى المنع من جملته وما علق على شرط جعل جزاء وحكما له . والجزاء لايوجد بدون شرطه . والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفا وشرعا » .

تعليق الطلاق بالمشيئة

١ - التعليق على مشيئة لا يعلم وجودها :

يرى الحنابلة أن تعليق الطلاق على مشيئة لايعلم وجودها بمثابة تنجيز للطلاق . ولذلك قالوا بوقوع الطلاق فى الحال فيمن قال لامرأته : أنت طالق ان شاء زيد فجن اومات من علق الطلاق بمشيئته . وقالوا تعليلا لذلك: إنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بشرط لم يوجد . أما لوخرس من علق الطلاق بمشيئته فشاء بالإشارة ففيه وجهان بناء على وقوع الطلاق بإشارته إذا علقه على مشيئته . وقال الحنابلة أيضاً بوقوع الطلاق فى الحال بقول الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله تعالى . وفى المذهب رواية عن أحمد تدل على أن الطلاق لا يقع . والرأى الأول هو المشهور فى المذهب .

الدليل على وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله

استدل الحنابلة بالسنة وإجماع الصحابة — والمعقول .

السنة :

أما السنة فمنها : ما روى أبو جمرة قال : سمعت ابن عباس يقول : « إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله فهى طالق » رواه أبو حفص بإسناده ، وعن أبى بردة نحوه .

وجه الاستدلال :

الحديث نص فى موضع الخلاف ، فقد أبان أن تعليق الطلاق بمشيئة الله لا يمنع من وقوعه فى الحال . وقد عضد هذا الحديث برواية أبى بردة المماثلة له فى المعنى .

إجماع الصحابة :

أما إجماع الصحابة فقد ذكره أبو الخطاب نقلا عن ابن عمر وأبو سعيد؛ فقد روى عنهما أنهما قالا : كنا معاشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزاً فى كل شىء ، إلا فى العتاق ، والطلاق : فإن قيل: إن هذا قول لبعض الصحابة وليس بإجماع ، فيرد على ذلك بأنه قول لم يعلم له مخالف فهو إجماع .

المعقول

التعليق على مشيئة الله هو استثناء فهو ، رفع لجملة الطلاق ، ورفع جملة الطلاق لغو لا يصح كقوله : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ؛ ولأنه استثناء حكما فى محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح. والطلاق إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله، كما لو قال :أبرأتك إن شاء الله. والتعليق على ما لا يعلم وجوده هو بمثابة التعليق على المستحيل — والتعليق على المستحيل يجعل الطلاق واقعا فى الحال فكذلك ما أشبهه .

رد أدلة من قال بعدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله

وقال الحنابلة ردا لأدله من قال بعدم وقوع الطلاق المعلق على من لا تعلم مشيئته :إن الحديث الذى استدل به على عدم الوقوع وهو قوله صلى الله عليه وسلم : « من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث » حديث لا حجة فيه ؛ فإن الطلاق والعتاق إنشاء ، وليس بيمين حقيقة . وإن سمى بذلك فمجاز لا تترك الحقيقة من أجله . ثم إن الطلاق إنما سمى يمينا إذا

كان معلقا على شرط يمكن تركه وفعله . ومجرد قوله : أنت طالق ليس بيمين حقيقة ولا مجازا، فلم يكن الاستثناء بعد يمين. أما القول : بأن تعليق الطلاق على مشيئة الله هو تعليق على مشيئة لا تعلم فهو قول غير مقبول ؛ لأنا نقول: إن مشيئة الله للطلاق قد علمت بمباشرة الآدمى سببه . قال قتادة قد شاء الله حين أذن أن يطلق . ومع هذا فلو سلمنا أن مشيئة الله بالطلاق لم تعلم لكن الرجل يكون قد علق طلاقه فى هذه الحالة على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليقه على المستحيلات فيلغو ويقع الطلاق فى الحال .

لا يملك المعلق تعجيل الطلاق المعلق

قال الحنابلة : إذا علق الرجل طلاق زوجته على شرط مستقبل، ثم قال: عجلت لك تلك الطلقة فإنها لا تتعجل؛ لأنها طلقة معلقة بزمن مستقبل ، فلم يكن له إلى تغييرها سبيل . لكنه إن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة، وقعت بها طلقة فإذا جاء الزمن الذى علق الطلاق به وهى فى حباله وقع بها الطلاق المعلق .

إضافة الطلاق إلى زمن وفعل

ومن علق طلاق زوجته على وجود فعل فى زمن معين لابد لوقوع الطلاق من وجود الفعل بأوصافه كاملة فى الزمن الذى عينه المعلق — فمن قال لزوجته : أنت طالق غدا إذا قدم زيد ، فلا تطلق حتى يقدم زيد لأن «إذا» اسم زمن مستقبل فيكون المعنى: أنت طالق غدا وقت قدوم زيد . وإن لم يقدم زيد فى غد لم تطلق. وكذلك إن قدم بعده؛ لأنه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد. وإن ماتت غدوة ، وقدم زيد بعد موتها لم تطلق؛ لأن الوقت الذى أوقع طلاقها فيه لم يأت وهى محل للطلاق فلم تطلق ، كما لو ماتت قبل دخول ذلك اليوم .

الرجوع للعرف والنية

ولو قال رجل لزوجته : أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلا . لم تطلق؛ لأنه لم يوجد الشرط [illegible] باليوم الوقت . فتطلق وقت قدومه ؛ [illegible]

الوقت يسمى يوما قال الله تعالى : (ومن يولهم يومئذ دبره) لكن لو تغير الأمر فى هذه المسألة بأن ماتت المرأة غدوة ، وقدم زيد المعلق وقوع طلاقها على قدومه فهل يقع الطلاق أولا ؟ ... فى المذهب وجهان ، هما :

الوجه الأول : تتبين أن طلاقها وقع من أول اليوم : لأنه لو قال : أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله ، فكذا إذا قال : أنت طالق يوم يقدم زيد ؛ فينبغى أن تطلق بطلوع فجره . وهذا الوجه أولى من الوجه الآتى :

الوجه الثانى : لا يقع الطلاق ؛ لأن شرطه قدوم زيد ، ولم يوجد إلا بعد موت المرأة فلم يقع . بخلاف يوم الجمعة ، فإن شرط الطلاق مجىء يوم الجمعة وقد وجد . وههنا شرطان فلا يؤخذ بأحدهما . وقال الحنابلة أيضاً : لو قال الزوج لزوجته : أنت طالق فى شهر رمضان إن قدم زيد فقدم فيه خرج فيه وجهان .

أحدهما : لا تطلق حتى يقدم زيد ؛ لأن قدومه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل ما لو قال : أنت طالق إن قدم زيد فإنها لا تطلق قبل قدومه بالاتفاق . وكما لو قال إذا قدم زيد .

والثانى : أنه إن قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر قياسا على المسألة التى قبل هذه .

إضافة الطلاق إلى الماضى :

إذا قال رجل لزوجته : أنت طالق أمس ، ولا نية له ؛ فظاهر كلام أحمد : أن الطلاق لا يقع فقد روى عنه فيمن قال لزوجته : أنت طالق أمس ، وإنما تزوجها اليوم ، ليس بشىء . وهذا قول أبى بكر .

رأى آخر :

ونقل عن القاضى أنه قال فى بعض كتبه بوقوع الطلاق ؛ لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ، ووقع الطلاق . كما لو قال لمن لا سنة

لها ولا بدعة : أنت طالق للسنة . أو قال أنت طالق طلقة لاتلزمك .

تعليل للرأى الأول

واحتج القائلون بعدم وقوع الطلاق المضاف للماضى والذى لانية لإيقاعه « أنت طالق أمس » بقولهم :إن الطلاق رفع الاستباحة ، ولايمكن رفعها[1] فى الزمن الماضى فلم يقع الطلاق لهذا ؛ كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين ، فقدم اليوم؛ فإن فقهاء المذاهب قالوا بعدم وقوع الطلاق فى هذه الحالة ، فكذلك هذه المسألة ؛ لأنه طلاق فى زمن ماض — وإن قول الرجل لامرأته : أنت طالق أمس بمثابة تعليق للطلاق على مستحيل ، وتعليق الطلاق بمستحيل إلغاء له، فمن قال لزوجته : إن قلبت هذا الحجر ذهباً فأنت طالق، لاتطلق... فكذا هذا ، حيث لانية لقائله فى إيقاع الطلاق بعبارته .

أنت طالق قبل أن أتزوجك

الظاهر فى المذهب الحنبلى أنه لا فرق فى الحكم بين قول الرجل لزوجته : أنت طالق قبل أن أتزوجك وبين قوله لها : أنت طالق أمس، ولانية له فى الحالتين فى إيقاع الطلاق . لكن صاحب المغنى قال : « قال القاضى : ورأيت بخط أبى بكر فى جزء مفرد أنه قال : إذا قال : أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت : ولو قال : أنت طالق أمس لم يقع ؛ لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه ، وقبل تزويجها متصور الوجود . فإنه يمكن أن يتزوجها ثانياً ، وهذا الوقت قبله فوقع فى الحال ، كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد[2] » .

لو قصد إيقاع الطلاق

ولو قصد الرجل بقوله لزوجته : أنت طالق أمس ، أو أنت طالق قبل

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٣٦١ ، ٣٦٢ ، ٣٦٣ .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٣٦٤ وراجع شرح منتهى الإيرادات للعلامة فقيه الحنابلة فى وقته منصور بن أدريس بن البهوتى جـ ٣ ص ١٤٨ .

أن أتزوجك إيقاع الطلاق عليها فى الحال مستنداً إلى ذلك الزمان وقع الطلاق فى الحال .

لو قصد الإخبار فقط

أما لو قصد بقوله السابق أن يخبر عن حصول طلاق بأن كان قد طلقها هو ، أو زوج قبله ، فى ذلك الزمان الذى ذكره ففى المذهب رأيان .

الرأى الأول

لا يقع الطلاق ، إن وجد ما يصدق الرجل فى ادعائه ، بأن كان قد وجد منه طلاق لها قبل قوله لها : أنت طالق أمس : أو أنت طالق قبل أن أتزوجك فلا يقع طلاق فى هذه الحالة؛ لأنه لا قصد له فى إيقاع الطلاق بل قصده حكاية ما حدث سابقاً . أما إذا لم يكن وجد ما ادعاه فإنه يقع الطلاق ... ذكر هذا أبو الخطاب .

الرأى الثانى

وينسب إلى القاضى أنه قال : بقبول ما ادعاه الرجل مطلقاً ، بناء على ظاهر كلام أحمد ، لأن الرجل فسر قوله بما يحتمله سواء وجد هذا الطلاق الذى ادعاه قبل قوله ، أو لا ؟ .

أنت طالق اليوم إذا جاء غد

إذا قال الرجل : أنت طالق اليوم إذا جاء غد فهل تطلق امرأته أو لا ؟ فى المذهب رأيان؛ أحدهما: يرى وقوع الطلاق فى الحال . واختار هذا الرأى القاضى ؛ لأن الرجل[1] علق الطلاق بشرط محال فلغى الشرط ، ووقع الطلاق ؛ كمن قال لمن لا سنة لطلاقها ، ولا بدعة : أنت طالق للسنة .

---

(١) المرجع السابق .

الرأى الآخر

أما الرأى الآخر فهو عدم وقوع الطلاق، قاله القاضى فى المجرد ؛ لأن شرط الطلاق لم يتحقق ؛ لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد فى اليوم . ولا يأتى غد إلا بعد فوات اليوم وذهاب محل الطلاق . وهذا القول هو قول أصحاب مالك رحمهم الله[1] .

تعليق الطلاق على إيقاع الطلاق أو وقوعه

تحت هذا العنوان اندرجت مسائل فرعية متنوعة منها :

١ — لو قال الزوج لزوجته : إذا طلقتك فأنت طالق، ثم علق طلاقها بشرط مثل قوله : إن خرجت فأنت طالق ، فخرجت ، طلقت بخروجها، ثم طلقت بالصفة طلقة أخرى ؛ لأنه قد طلقها بعد عقد الصفة .

٢ — ولو قال لها: إن خرجت فأنت طالق، ثم قال : إن طلقتك فأنت طالق ، فخرجت، طلقت بالخروج، ولم تطلق بتعليق الطلاق بطلاقها ؛ لأنه لم يطلقها بعد ذلك ، ولم يحدث عليها طلاقا ، لأن إيقاعه الطلاق بالخروج كان قبل تعليقه الطلاق بتطليقها فلم توجد الصفة فلم يقع .

٣ — وإن قال : إن خرجت فأنت طالق ، ثم قال : إن وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، فخرجت ، طلقت بالخروج ، ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها إن كانت مدخولا بها .

« كلما » تقتضى التكرار

لو قال الرجل لزوجته : كلما طلقتك فأنت طالق ، ثم قال لها: أنت طالق، وقع بها طلقتان؛ إحداهما بالمباشرة، والأخرى بالصفة . ولا تقع ثالثة؛ لأن الثانية لم تقع بإيقاعه بعد عقد الصفة ؛ لأن قوله : كلما طلقتك يقتضى كلما

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٣٦٣ .

أوقعت عليك الطلاق . وهذا يقتضى تجديد إيقاع الطلاق بعد هذا القول ، وإنما وقعت الثانية بهذا القول .

الحلف بالطلاق

ما هيته

اختلف الحنابلة فى تعريف الحلف بالطلاق ، فمنهم من يقول : إنه هو تعليق الطلاق على شرط ، أى شرط كان ، إلا بعض مسائل مستثناة . ومنهم من يقول إنه هو تعليق الطلاق على شرط يمكن فعله وتركه ويقصد به الحالف الحث على الفعل أو المنع منه أو الحث على تصديق مخبره . وتفصيل ذلك فيما يلى .

الرأى الأول

قال القاضى فى الجامع ، وأبو الخطاب فى تحديد الحلف بالطلاق : إنه هو تعليق الطلاق على شرط ، أى شرط كان ، إلا قوله : إذا شئت فأنت طالق ونحوه ، فإنه تمليك وقوله ؛ إذا حضت فأنت طالق ؛ فإنه طلاق بدعة . وإذا طهرت فأنت طالق ؛ فانه طلاق سنة .

وجهة نظ أصحاب هذا الرأى

وقال أصحاب هذا الرأى : إن ما ذكر هو حلف ؛ لأنه يسمى حلفا عرفا ؛ فيتعلق الحكم به . كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق . وقالوا أيضاً : إن فى الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة مستقلة دون الجواب ، فأشبه قوله : والله ، وبالله ، وتالله .

الرأى الثانى

وقال القاضى فى المجرد : الحلف بالطلاق : هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل ، أو المنع منه ؛ كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق ، أو قوله : إن لم تدخلى الدار فأنت طالق ، أو يقصد به الحث على تصديق مخبره كقوله : أنت طالق لقد قدم زيد ، أو لم يقدم زيد . أما التعليق على شرط لغير ذلك فهو شرط محض لا حلف ؛ كقوله : أنت طالق إن طلعت

الشمس ، أو قدم الحاج ، أو إن لم يقدم فلان ؛ فهذا كله شرط محض ليس بحلف . وبهذا قال الشافعى .

وجهة أصحاب الرأى الثانى

قال أصحاب الرأى الأخير . إن حقيقة الحلف هو القسم ، وإنما سمى تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا لمشاركته الحلف فى المعنى المشهور ، وهو الحث ، أو المنع ، أو تأكيد الخبر ؛ كقوله : والله لا أفعلن ، أو لا أفعل ، أو لقد فعلت ، أو لم أفعل . فإذا لم يوجد فى التعليق بالطلاق هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا .

أثر هذا الخلاف

ويظهر أثر الخلاف فى تحديد الحلف بالطلاق فيما إذا قال رجل لزوجته : إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق . ثم قال : إذا طلعت الشمس فأنت طالق . فلا تطلق فى الحال قبل طلوع الشمس عند أصحاب القول الثانى ؛ لأنه ليس بحلف . وتطلق على القول الأول ؛ لأنه حلف . ولو قال بدلا من قوله : إذا طلعت الشمس فأنت طالق : كلما كلمت أباك فأنت طالق ؛ فإنها تطلق على القولين جميعا ؛ لأنه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه، فكان حلفا، كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق(١) .

استعمال الطلاق استعمال القسم

ولو استعمل الطلاق استعمال القسم جعل جواب القسم جوابا له فى غير المستحيل؛ فمن قال أنت طالق لأقومن وقام لم تطلق زوجته . فان لم يقم فى الوقت الذى عينه حنث ؛ لأنه حلف برفيه ، فلم يحنث . فأما ان لم يبر فيحنث ، وكان هذا مثل ما لو حلف بالله تعالى . ولو قال : أنت طالق إنّ أخاك لعاقل ، وكان أخوها عاقلا لم يحنث . وإن لم يكن عاقلا حنث ،

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٧ ص ٣٧٠ .

كما لو قال : والله إن أخاك لعاقل . وإن شك فى عقله لم يقع الطلاق ؛ لأن الأصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك(١). أما لو علق الطلاق بمستحيل فقد فصل هذا الموضوع صاحب منتهى الإرادات تفصيلا واضحا فقال :

التعليق بفعل المستحيل

ولو علق الطلاق ونحوه بفعل مستحيل عادة ، وهو ما لا يتصور فى العادة وجوده ، وإن وجد خارقا للعادة كقوله : أنت طالق إن صعدت السماء ، أو أنت طالق لا صعدت السماء ، أو أنت طالق إن قلبت الحجر ذهبا ؛ أو أنت طالق لا قلبت الحجر ذهبا — أو علق الطلاق بفعل مستحيل لذاته وهو ما لا يتصور فى العقل وجوده كقوله : أنت طالق إن رددت أمس ، أو أنت طالق إن شربت ماء الكوز ولا ماء فيه ؛ ففى هذه الحالات كلها لا تطلق، كحلفه بالله على هذه الأمور ؛ لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد؛ ولأن ما يقصد تعليقه معلق بالمحال كقوله تعالى : « ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل فى سم الخياط » .

تعليق الطلاق على نفى المستحيل

ولو علق الطلاق ونحوه على نفى المستحيل عادة أو لذاته وقع الطلاق . فمن قال لزوجته : أنت طالق لأشربن ماء الكوز ولا ماء فيه ، أو قال أنت طالق إن لم أشرب ماء هذا الكوز ولا ماء فيه ، أو قال : أنت طالق لأقتلن فلانا فإذا هو ميت (سواء علم موته ، أو لا) أو قال أنت طالق لأطيرن ، أو أنت طالق إن لم أطر ، أو أنت طالق إن لم أقلب الحجر فضة وقع الطلاق فى الحال .

تعليق الطلاق على صفات متعددة

وإذا علق الرجل طلاق زوجته على صفات فاجتمعن فى شىء واحد ، وقع بكل صفة ما علق عليها . كما لو وجدت متفرقة . فلو قال لزوجته :

---

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى ج٧ ص ٢٧٠ ، ومنتهى الإرادات للبهوتى ج٣ ص٧ [illegible]

إن كلمت رجلا فأنت طالق ، وإن كلمت طويلا فأنت طالق . وإن كلمت أسود فأنت طالق . فكلمت رجلا أسود طويلا ، طلقت ثلاثا . وإن قال: إن ولدت بنتا ، فأنت طالق ، وإن ولدت سوداء فأنت طالق . وإن ولدت ولدا فأنت طالق . فولدت بنتا سوداء طلقت ثلاثا .

إضافة الطلاق إلى زمن مستقبل

ولو أضاف الزمان إلى زمان مستقبل كقول رجل لامرأته : أنت طالق غداً ، أو يوم كذا وقع الطلاق بأولهما أى عند طلوع فجرهما ، لأنه جعل الغد ، ويوم كذا، ظرفا للطلاق ؛ فكل جزء منهما صالح للوقوع فيه ، فإذا وجد ما يكون ظرفا له منهما وقع الطلاق ؛ كإن دخلت الدار فأنت طالق حيث تطلق بدخول أو جزء منها . والغد هو اسم للذى يلى يومك ، أو ليلتك . فإن قال أردت بقولى آخر الغد ، أو آخر يوم كذا لا يقبل قوله لا قضاء ، ولا ديانة ؛ لأن لفظه لا يحتمل ما ادعاه .

ولو قال : أنت طالق اليوم ، أو أنت طالق فى هذا الشهر يقع الطلاق فى الحال لكنه يصدق ديانة وحكما ، إن قال : أردت الوقوع فى آخر هذه الأوقات ، لأن هذه الأوقات آخرها وأوسطها منها كأولها ، فإرادته لذلك لا تخالف ظاهر اللفظ ، إذ لم يأت بما يدل على استغراق الزمن للطلاق ؛ لصدق قول القائل: صمت فى رجب حيث لم يستوعبه بخلاف صمت رجب. ولو قال : أنت طالق اليوم أو غداً ، وقع الطلاق فى الحال ؛ لأن أو لأحد الشيئين ، ولا مقتضى لتأخيره[1]

شروط صحة تعليق الطلاق

اشترط الحنابلة لصحة تعليق الطلاق ما يأتى : —

١ — أن يكون المعلق للطلاق زوجا يصح تنجيزه منه وقت التعليق ؛

(١) منتهى الإرادات للبهوتى ج ٣ ص ١٤٨ .

فمن قال : إن تزوجت امرأة فهى طالق ، أو قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق ، لم يقع الطلاق بتزوجها .

الدليل

وقد استدل الحنابلة على عدم وقوع الطلاق المعلق على الزواج من أجنبية وقت التعليق إذا ما تم الزواج منها بالكتاب والسنة والمعقول على التفصيل الآتى : -

الكتاب

فمن الكتاب ما روى عن ابن عباس ، ورواه الترمذى عن على وجابر ابن عبد الله لقوله تعالى : « وإذا نكحتم المؤمنات ، ثم طلقتموهن » فقد جعل الطلاق مسبوقا بالنكاح ومتأخرا عنه فلا بد من أن يكون المطلق ممن له ملك للعصمة وقت تعليق الطلاق .

السنة

أما السنة فمنها حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا : « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق فيما لا يملك ، ولا طلاق فيما لا يملك » رواه أحمد ، وأبو داود ، والترمذى وحسنه .

وجه الاستدلال بالحديث

نفى الحديث وقوع الطلاق الذى يصدر من أجنبى عن محل الطلاق ؛ إذ نفى وجود الطلاق ، وصحته إذا صدر على محل لا يملكه المطلق . وقت صدور الطلاق منه .

ومن السنة أيضاً ما روى عن المسور بن مخرمة مرفوعا « لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك » رواه ابن ماجة .

وجه الاستدلال

الحديث صريح فى عدم وقوع الطلاق قبل الزواج من المطلقة . حتى يجد الطلاق محلا صالحا للوقوع فيه .

المعقول

أما المعقول فقال الحنابلة : إن الطلاق المنجز لا يقع إذا أوقع على أجنبية عن المطلق ، فكذا تعليقه .

٢ ـ الشرط الثانى أن يكون وقوع الشرط وتعليقه والمرأة محلا لوقوع الطلاق عليها، فمن قال لزوجته إن قمت فأنت طالق، ثم بانت منه، وفعلت المحلوف عليه ، لم يقع الطلاق . وكذلك لو حلف لا يفعل كذا من قيام أو دخول دار ونحوه، ولم يبق له زوجة بأن بنّ منه ، أو متن، ثم تزوج امرأة أخرى فأكثر وفعل ما حلف لا يفعله فلا يقع عليه شىء[1] .

التراخى فى التعليق على إيجاد فعل

والحروف المستعملة للشرط وتعليق الطلاق بواسطتها هى: إن، ومتى، ومن، وأى ، وكلما . فمتى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخى مثل قوله : إن خرجت فأنت طالق ، فمتى وجد الخروج طلقت ، وإن مات أحدهما سقطت اليمين .

التعليق بالنفى

أما إن علق الرجل الطلاق بالنفى بواحد من أدوات التعليق الستة السابق ذكرها كانت « إن » على التراخى ، ومتى ، وأى ، ومن ، وكلما على الفور لأن قوله : متى دخلت فأنت طالق يقتضى أى زمان دخلت فأنت طالق. وذلك شائع فى الزمان كله، فأى زمن دخلت وجدت الصفة ، وإذا قال: متى لم تدخلى فأنت طالق فإذا مضى عقيب اليمين زمن لم تدخل فيه وجدت الصفة فإنها اسم لوقت الفعل فيقدر به. ولهذا يصح السؤال به فيقال متى دخلت؟ أى أى وقت دخلت. وأما إن فلا تقتضى وقتا ، فقوله إن لم تدخلى لا يقتضى وقتا إلا ضرورة

---

(١) منتهى الإيرادات للبهوتى جـ ٢ ص ٥٣ .

أن الفعل لا يقع إلا فى وقت فهى مطلقة فى الزمان كله . وأما (إذا) ففيها وجهان أحدهما: هى على التراخى. ورجح هذا القول القاضى لأنها تستعمل شرطا بمعنى « إن » قال الشاعر :

استغن ما أغناك ربك بالغنى   وإذا تصبك خصاصة فتحمل .

فجزم بها كما يجزم بإن ؛ ولأنها تستعمل بمعنى متى وإن ، وإذا احتملت الأمرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال .

والوجه الآخر أنها على الفور ؛ لأنها اسم لزمن مستقبل فتكون كمتى . وقال أصحاب هذا الرأى : إن المجازاة بها لا تخرجها عن موضوعها فإن متى يجازى بها ، ألا ترى إلى قول الشاعر .

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره   تجد خير نار عندها خير موقد

وكذلك من يجازى بها أيضا . وكذلك أى .

ما يقتضى التكرار

ولا يقتضى من حروف التعليق التكرار سوى « كلما » ، بالاتفاق، ومتى فى رأى نسب إلى أبى بكر ؛ لأنها تستعمل للتكرار بدليل قوله :

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره   تجد خير نار عندها خير موقد

أى فى كل وقت : ولأنها تستعمل فى الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه والصحيح أن (متى) لا تقتضى التكرار ؛ لأنها اسم زمن بمعنى أى وقت، وبمعنى (إذا) فلا تقتضى ما لا يقتضيانه ، وكونها، تستعمل للتكرار فى بعض أحيانها لا يمنع استعمالها فى غيره مثل: إذا ، وأى وقت، فإنما يستعملان فى الأمرين قال الله تعالى: «وإذا رأيت الذين يخوضون فى آياتنا فأعرض عنهم » وقال تعالى : « وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم » وقال تعالى : « وإذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبيتها » .

وقال الشاعر

قوم إذا الشر أبدى ناجذيه لهم طاروا إليه زرافات وو حدانا

وكذلك أى وقت ، وأى زمان فإنهما يستعملان للتكرار ، وسائر الحروف يجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لاتحمل على التكرار إلا بدليل كذلك متى .

ربط الشرط بالجزاء

حروف التعليق إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف فى الجزاء كقوله : أنت طالق إن دخلت الدار ، وإن تأخر جزاؤها احتاجت فى الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله : إن دخلت الدار فأنت طالق . وإنما اختصت بالفاء ؛ لأنها للتعقيب فتربط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقيبه به ، فإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق لم تطلق حتى تدخل .

تعليل الحنابلة لرأيهم

قال الحنابلة إذا حذف الرابط وهو الفاء ،وتقدم الشرط،وتأخر الجزاء، كان هذا من قبيل التعليق ، وتوقف وقوع الطلاق على وجود الشرط المعلق عليه الطلاق؛ فمن قال لزوجته : إن دخلت الدار أنت طالق ، لم تطلق حتى تدخل الدار ؛ لأنه أتى بحرف الشرط ؛ فيدل ذلك على أنه أراد التعليق ، وإنما حذف الفاء وهى مرادة ، كما يحذف المبتدأ تارة والخبر أخرى لدلالة باقى الكلام على المحذوف . ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير، ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة ، وجب تصحيح كلامه ، وإبعاده عن الفساد ما أمكن . وفى تقديرنا للرابط بين الشرط والجزاء تصحيح للكلام وإبعاد له عن الفساد فيقدم . أما ما يراه الغير من أن الجملة ليس فيها تعليق للطلاق ، فيقع الطلاق فى الحال،فهو إلغاء وإفساد لكلام

العاقل فلا يلتفت إلى هذا القول ، تصحيحا وإبعاد لكلام العاقل عن الفساد[1] . لكنه لو قال: أردت بقولى هذا الإيقاع فى الحال ، وقع ، لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ .

الربط بالواو لا يعتبر تعليقاً

ولو قال: أنت طالق وإن دخلت الدار ، وقع الطلاق فى الحال ؛ لأن معناه : أنت طالق فى كل حال ، ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبى صلى الله عليه وسلم « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة ، وإن زنى ، وإن سرق» . وقال صلى الله عليه وسلم: « صلهم وإن قطعوك، واعطهم وإن حرموك» .

تأثير النية فى هذه الحالة

ولو قال الرجل لامرأته : «أنت طالق وإن دخلت الدار » وقال : قصدت تعليق الطلاق على دخولها الدار ، صدق ديانة . أما قضاء فيخرج على روايتين[2] .

تعليق الطلاق بأكثر من شرط

إذا علق الطلاق بشرطين لم يقع الطلاق قبل وجودهما جميعا . وهذا هو الرأى الراجح فى المذهب .

وجه آخر

ونسب إلى القاضى أنه قال بوقوع الطلاق بوجود أحد الشرطين المعلق عليهما الطلاق بناء على أحد الروايتين : فيمن حلف ألا يفعل شيئاً ففعل بعضه ـ لكن هذا التخريج كما قال ابن قدامة : بعيد جداً ، ويخالف أصول

---

(١) الشرح الكبير على هامش المغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٢٩٠ ، ٢٩١ ـ والمغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٣٨٤ طبع مطبعة الامام بالقلشية .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٣٨٧ ، ٣٨٨ .

اللغة ، والعرف ، وعامة أهل العلم . ولأن العلماء قد اتفقوا على عدم وقوع الطلاق المعلق على شرطين مرتبين إذا اخل بالترتيب ، فى مثل قول الرجل لامرأته : إن أكلت، ثم لبست ، فأنت طالق فلأن لا يقع الطلاق لإخلاله بالشرط كله أولى . وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما . وقد نص أحمد أنه إذا قال : إن حضت حيضة فأنت طالق وإذا قال : إذا صمت يوما فأنت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة . وإذا غابت الشمس من اليوم الذى تصوم فيه طلقت . وأما اليمين فإنه متى كان فى لفظه أو نيته ما يقتضى جميع المحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه ، وفى مسألتنا ما يقتضى تعليق الطلاق بالشرطين معا لتصريحه بهما ، وجعلهما شرطا للطلاق ، والحكم لا يثبت بدون شرطه ، على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه ، فيقتضى المنع من فعل جميعه؛ لأن نهى الشارع عن شىء يقتضى المنع من كل جزء منه ؛ كما يقتضى المنع من جملته. وما علق على شرط جعل جزاءله ، والجزاء لا يوجد بدون شرطه . والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه ؛ لغة ، وعرفا، وشرعا (١) .

تعليق الطلاق على المشيئة

تعليق الطلاق على مشيئة الله

لو علق الطلاق على مشيئة الله بأن قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله تعالى ؛ فى المذهب روايتان عن أحمد .

الرواية الأولى الطلاق يقع

الرواية الأولى وهى الراجحة فى المذهب هى: أن الطلاق يقع. فقد نص أحمد على ذلك فى رواية جماعة . وقال : إن هذا ليس من قبيل اليمين . وبهذا قال سعيد بن المسيب والحسن ومكحول وقتادة والزهرى. وهو قول مالك والليث والأوزاعى وأبو عبيد .

---

(١) [illegible]

دليل هذا الرأى

واستدل لهذا الرأى بالسنة والإجماع والمعقول :

أما السنة فمنها ماروى أبو جمرة قال : سمعت ابن عباس يقول : إذا قال الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله، فهى طالق . رواه أبو حفص بإسناده ، وعن أبى بردة نحوه .

وجه الاستدلال

الحديث صريح فى أن تعليق الطلاق على مشيئة الله لا يعتبر من قبيل الحلف ولا من قبيل تعليق الطلاق على شرط حيث أفاد ، صراحة، وقوع الطلاق فورا . وقد تقوى الحديث بروايته من عدة طرق بهذا المعنى.

الأجماع

و اما الإجماع فما روى ابن عمر ، وأبو سعيد قال : كنا معاشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزا فى كل شىء إلا فى العتاق والطلاق : ذكره أبو الخطاب. وهذا نقل للإجماع . فإن قيل .إن هذا قول البعض فلا يفيد الإجماع نقول: إنه إن قدر أن هذا قول البعض من الصحابة لكنه لم يعلم له مخالف فهو اجماع .

المعقـول

إن قول الرجل لامرأته : أنت طالق إن شاء الله تعالى ، استثناء يرفع جملة الطلاق ، والاستثناء الذى يرفع جملة الطلاق لا يصح كقوله : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا . والطلاق إزالة للملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله، كما لو قال أبرأتك إن شاء الله .وكذلك لا يصح تعليقه على مالا سبيل إلى علمه فأشبه تعليقه على المستحيلات(١)

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج٧ ص٤٠٣ .

الرواية الثانية ـ الطلاق لا يقع

وروى عن أحمد مايدل على أن الطلاق لا يقع وكذلك العتاق ، وهو قول طاووس والحكم وأبي حنيفة والشافعي . وهذا رأى مرجوح في المذهب .

دليل هذا الرأى

استدل أصحاب هذا الرأى بالسنة والمعقول :

السنة

فمن السنة ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من حلف على يمين ، فقال : إن شاء الله ، لم يحنث » رواه الترمذي ، وقال حديث حسن .

وجه الاستدلال : الحديث صريح في عدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله حيث نفى الرسول الحنث عمن حلف معلقا على مشيئة الله . وتعليق الطلاق على المشيئة حلف .

المعقول

وقالوا : إن الرجل بقوله لامرأته : أنت طالق إن شاء الله . قد علق طلاقها على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع الطلاق كما لو علقه على مشيئة زيد .

مناقشة هذا الرأى

وقد نوقش الرأى القائل بعدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله بالآتى :

١ ـ الحديث الذى استدل به « من حلف على يمين ؛ فقال : إن شاء الله ، لم يحنث » لا حجة فيه ولا ينتج المدعى ؛ لأن الطلاق ، والعتاق هنا ليس يمينا ؛ إذ الطلاق والعتاق إنشاء وليس بيمين حقيقة . وإن سمى بذلك فمجاز ، لا تترك الحقيقة من أجله . والطلاق إنما سمى يمينا إذا كان معلقا على شرط

يمكن تركه وفعله . ومجرد قوله : أنت طالق ليس بيمين حقيقة ، ولا مجازا فلم يمكن الاستثناء بعد يمين .

٢ ـ القول بأن الرجل علق طلاق زوجته على مشيئة لا تعلم قول غير مسلم به ، لأن مشيئة الله الطلاق قد علمت بمباشرة الآدمى سببه؛ قال قتادة : قد شاء الله حين أذن أن يطلق .

٣ ـ ولو سلمنا أن مشيئة الله تعالى لم تعلم ، لكن الرجل قد علق الطلاق على شرط يستحيل علمه ، فيكون كتعليقه على المستحيلات فيلغو ، ويقع الطلاق فى الحال (١) .

أنت طالق إلا أن يشاء الله:

ولو قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله ، وقع الطلاق فى الحال : لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم (٢) .

تعليق الطلاق على من لا مشيئة له :

ولو علق الطلاق على من لا مشيئة له كقول الرجل لامرأته : أنت طالق أن شاء الميت، أو إن شاءت البهيمة، أو أنت طالق لا شاء الميت، أو لا شاءت البهيمة . لم تطلق ؛ لأنه بمثابة تعليق للطلاق بفعل مستحيل عادة (٣) .

وجه آخر

وفى المذهب وجه آخر يقول بوقوع الطلاق فى الحال ، لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ، ويمنع وقوعه فى الحال ، وفى الثانى فلم يصح كاستثناء الكل ، وكما لو قال : أنت طالق طلقة لا تقع عليك .

(١، ٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٤٠٣ ومنتهى الايرادات جـ ٣ ص ١٧٠ ، ١٧١

(١) منتهى الايرادات للبهوتى جـ ٣ ص ١٤٧ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٤٠٤ .

(٣) منتهى الايرادات للبهوتى جـ ٣ ص ١٧٠ .

تعليق الطلاق على مشيئة من تعلم مشيئته :

ولو قال الرجل لزوجته أنت طالق إن شئت ، أو إذا شئت ، أو متى شئت ، أو أنى شئت ، أو أين شئت ، أو كيف شئت ، أو حيث شئت ، أو أي وقت شئت، لا يقع الطلاق، إلا إذا شاءت بلفظها، لا بقلبها، ولو كانت كارهة، ولو كانت مشيئتها بعد تراخ ، بعد رجوع الزوج عن تعليقه بها؛ لأن الطلاق إزالة الملك المطلق وقد علق على المشيئة ، فكان على التراخي كالعتق . والتعليق لا يبطل برجوعه عنه للزومه — لكن لو قيد المشيئة بوقت فلا يقع الطلاق بمشيئتها بعد هذا الوقت[1] .

يكفي أن يكون صاحب المشيئة مميزاً :

لو علق الطلاق على مشيئة آدمي، فشاء، وقع الطلاق، إذا كان مميزاً يعقل المشيئة حينها . ويكفي من الأخرس إشارته إذا كانت مفهومة .

فقدان الأهلية وقت المشيئة :

ولو علق الطلاق على مشيئة إنسان فجن قبل مشيئته، فلا يقع الطلاق ؛ لأن الشرط لم يوجد . أما لو خرس وفهمت إشارته ، فإشارته كنطقه في هذه الحالة ، وكذا كتابته[2] .

توضيح ابن قدامة لموضوع تعليق الطلاق على مستحيل

ذكر ابن قدامة في كتابه المغني(٣) تفصيلا في تعليق الطلاق على مستحيل نذكره فيما يلي :

تعليق الطلاق على مستحيل :

«قال صاحب المغني : فإن علق الطلاق على مستحيل فقال : أنت طالق

(١) منتهى الإرادات للبهوتي ج ٣ ص ١٧٠ .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المغني لابن قدامة [illegible] ٧ ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ طبع مطبعة الإمام بالمنشية بالقاهرة

إن قتلت الميت ، أو شربت الماء الذى فى الكوز ولا ماء فيه ، أو جمعت بين الضدين ، أو كان الواحد أكثر من اثنين ، أو على ما يستحيل عادة ، كقوله : إن طرت ، أو صعدت إلى السماء ، أو قلبت الحجر ذهبا ، أو شربت هذا النهر ، أو حملت الجبل ، أو شاء الميت ، ففيه وجهان :

أحدهما : يقع الطلاق فى الحال ؛ لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ، ويمنع وقوعه فى الحال ، وفى الثانى ، فلم يصح ؛ كاستثناء الكل ؛ كما لو قال : أنت طالق طلقة لاتقع عليك ، أو لا تنقص عدد طلاقك .

الثانى : لا يقع الطلاق ؛ لأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ، ولأن مايقصد تبعيده ، يعلق على المحال كقوله :

إذا شاب الغراب أتيت أهلى ∴ وصار القار كاللبن الحليب

أى لا آتيهم أبدا . وقيل : إن علقه على مايستحيل عقلا وقع فى الحال؛ لأنه لا وجود له فلم تعلق به الصفة ، وبقى مجرد الطلاق فوقع . وإن علقه على مستحيل عادة ؛ كالطيران وصعود السماء ، لم يقع ؛ لأنه له وجود ، وقد وجد جنس ذلك فى معجزات الأنبياء عليهم السلام ، وكرامات الأولياء ، فجاز تعليق الطلاق به ، ولم يقع قبل وجوده . فأما إن علق طلاقها على نفى فعل المستحيل فقال : أنت طالق إن لم تقتلى الميت ، أو تصعدى السماء ، طلقت فى الحال ؛ لأنه علقه على عدم ذلك ، وعدمه معلوم فى الحال وفى الثانى ، فوقع الطلاق ؛ كما لو قال : أنت طالق ، إن لم أبع عبدى ، فمات العبد . وكذلك لو قال : أنت طالق لأشربن الماء الذى فى الكوز ، ولا ماء فيه ، أو لأقتلن الميت ، وقع الطلاق فى الحال ؛ لما ذكرناه . وحكى أبو الخطاب عن القاضى أنه لا يقع طلاقه ، كما لو حلف ليصعدن السماء ، أو ليطيرن فإنه لا يحنث . والصحيح أنه يحنث؛ فإن الحالف على فعل الممتنع ، كاذب ، حانث ، قال الله تعالى : « وأقسموا بالله جهد إيمانهم ، لا يبعث الله من يموت — إلى قوله تعالى — وليعلم

الذين كفروا أنهم كانوا كاذبين ، ولو حلف على فعل متصور فصار ممتنعاً حنث بذلك فلأن يحنث بكونه ممتنعا حال يمينه أولى[١] .

تخصيص اليمين يقبل ديانة :

إذا حلف رجل يمينا على فعل بلفظ عام ، وأراد به شيئاً خاصاً ؛ مثل أن حلف لا يغتسل الليلة ، وأراد الجنابة . أو لا قربت لى فراشا ، وأراد ترك جماعها . أو قال : إن تزوجت فعبدى حر ، وأراد امرأة معينة ، أو قال : إن دخل إلى رجل أو أحد فامرأتى طالق ، وأراد رجلا بعينه . أو حلف لا يأكل خبزاً ، يريد خبز البر ، أو لا يدخل داراً يريد دار فلان ، أو قال : إن خرجت فأنت طالق ، يريد الخروج إلى الحمام . أو قال : إن مشيت ، وأراد استطلاق البطن ، فإن ذلك يسمى مشياً قال النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة : « ثم تستمشين» ويقال: شربت مشيا، ومشوا، إذا شرب دواء يمشيه ، فإن يمينه فى ذلك على ما نواه ، ويدين فيما بينه ، وبين الله تعالى ؛ لأنه فسر كلامه بما يحتمله ، فقبل كما لو قال : أنت طالق ، أنت طالق وقال : أردت بالثانية التوكيد .

قبول ادعاء تخصيص اليمين قضاء :

أما قول قول الرجل : إنه أراد بيمينه شيئاً خاصاً مع أن اليمين على فعل بلفظ عام فى الحكم ، فإنه يخرج على روايتين :

الأولى : قبول قول الرجل ، فقد نقل عن أحمد فى الظهار فيمن قال لامرأته : إن قربت لى فراشا ، فأنت على كظهر أمى ، فجاءت فقامت على فراشه ، فقال : أردت الجماع أنه لا يلزمه شيء .

الرواية الثانيـة

أما الرواية الثانية فتفيد عدم قبول قول الرجل . وقال الشافعى ، ومحمد ابن الحسن من الأحناف : لا يقبل قول الرجل فى الحكم فى هذا كله ، لأنه خلاف الظاهر .

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ .

اختصاص اليمين بسببها :

من حلف يمينا عامة لسبب خاص هل تختص يمينه بسبب اليمين في المذهب روايتان[١] :

الأولى

أن اليمين تختص بسببها فقد روى عن أحمد ما يدل على أن اليمين تختص بما وجد فيه السبب ؛ لأن الظاهر أن الحالف أراد السبب ، فاختصت يمينه به ، كما لو نواه ؛ فمن حلف لعامل ألا يخرج إلا بإذنه فعزل فإن يمينه تنحل ؛ لأنه إنما حلف عليه ، لكونه عاملا له . وقال الخرقي — بعد أن ذكر الرواية المنسوبة إلى أحمد — : فإن لم يكن له نية رجع إلى سبب اليمين ، وماهيجها ؛ فظاهر هذا أن يمينه مقصورة على محل السبب — وهذا هو قول أصحاب أبي حنيفة[٢] .

الثانية :

وروى عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم فيمن قال : لله علي أن لا أصيد في هذا النهر لظلم رآه فتغير حاله . فقال المنذر : يوفي به ؛ وذلك لأن اللفظ دليل الحكم ، فيجب اعتباره في الخصوص ، والعموم ، كما في لفظ الشارع[٣] .

اعتراض على الرأي الثاني ورد لدليله :

قال صاحب المغني : « ووجه الأول : أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ، ويقوم مقام النية عند عدمها ؛ لدلالته عليها ، فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية . وفارق لفظ الشارع ؛ فإنه يريد بيان

(١) المغني لابن قدامة جـ ٧ ص ٤٠٨ .

(٢) راجع المغني لابن قدامة الحنبلي حـ ٧ ص ٤٠٨ طبع مطبعة الامام بالمنشية بالقاهرة — والشرح الكبير على هامش المغني حـ ٨ ص ٤٣٢ .

(٣) الشرح الكبير على هامش المغني لابن قدامة الحنبلي حـ ٨ ص ٤٣٢ .

الأحكام فلا يختص بمحل السبب لكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم فى غير محل السبب »(١) .

تفريع على ماتقدم :

وتفريعا على ماتقدم ما تقدم: لو أن رجلا قامت امرأته لتخرج؛ فقال: إن خرجت فأنت طالق ، فرجعت ثم خرجت بعد ذلك ، ولو أن إنسانا دعا رجلا إلى غدائه ؛ فقال: امرأتى طالق إن تغديت ، ثم رجع فتغدى فى منزله ، لم يحنث على الرأى الأول ، ويحنث على الثانى(٢) .

للقرائن دخل فى التخصيص :

قال القاضى : لو أن رجلا قال : إن دخل دارى أحد فامرأتى طالق فدخلها هو لايقع عليها الطلاق ؛ لأن قرينة المتكلم تدل على أنه إنما يحلف على غيره ، ويمنع من سواه فيخرج هو من العموم بالقرينة ، ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضاً .

رأى آخر :

وقال صاحب المغنى فى المسألة السابقة : إن هناك احتمالا أن يحنث الحالف باليمين السابقة ، أخذا بعموم اللفظ، وإعراضا عن السبب كما سبق بيان ذلك الاحتمال فيمن حلف يمينا عامة لسبب خاص وله نية .

العرف يعتد به:

قال الحنابلة: إن العرف يعتد به فى بيان حصول المحلوف عليه أو،لا. فمن قال لامرأته : إن وطئتك فأنت طالق انصرفت يمينه إلى جماعها ؛ لأن الوطء إذا أضيف إلى المرأة كان فى العرف عبارة عن الجماع . ولهذا يفهم منه الجماع فى لفظ الشارع فى مثل قول النبى صلى الله عليه وسلم : « لا توطأ

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٤٠٨ طبع مطبعة الامام بالمنشية بالقاهرة .
(٢) المصدر السابق ذات الجزء والصفحة .

حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة ، فيجب حمل الوطء عند الإطلاق على الجماع ، إعمالا للعرف كسائر الأسماء العرفية ؛ من الظعينة ، والرواية ، وأشباههما . ولا يحنث حتى تغيب الحشفة فى الفرج . ومن حلف ليجامعها ، أو لا يجامعها ، انصرف يمينه إلى الوطء فى الفرج ، ولم يحنث بالجماع فيما دون الفرج ، وإن أنزل ؛ لأن مبنى الأيمان على العرف . والعرف ماقلناه .

أثر اعتبار العرف:

وفرّع الحنابلة على ماتقدم أيضا ؛ فقالوا : إن من حلف لأفتضضنك ، فافتضها بإصبع ، لم يحنث؛ لأن المعهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر . ومن حلف على امرأة لا يملكها ألا ينكحها فيمينه على العقد ؛ لأن إطلاق النكاح ينصرف إليه لكن لو كان يملكها بنكاح ، أو بملك يمين فاليمين فى هذه الحالة تنصرف إلى وطئها ؛ لأن قرينة الحال صارفة عن العقد عليها ، لكونها معقودا عليها .

وقال الحنابلة أيضا : لو حلف الرجل قائلا لزوجته : إن تركت هذا الصبى يخرج فأنت طالق ، فانفلت الصبى بغير اختيارها فخرج فإن كان نوى، ألا يخرج فقد حنث ، وإن نوى ألا تدعه لم يحنث . نص أحمد على معنى هذا . وذلك لأن اليمين إذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج عن غير اختيار منها ، فكانت كالمكره ، إذا لم يمكنها حفظه ومنعه ، وإن نوى فعله فقد وجد ، وحنث . وإن لم تعلم نيته ، انصرفت يمينه، إلى فعلها ، لأنه الذى تناوله لفظه ، فلا يحنث ، إلا إذا خرج بتفريطها فى حفظه أو اختيارها .

طلاق غير المدخول بها :

القاعدة عند الحنابلة أن كل طلاق يترتب فى الوقوع ، ويأتى بعضه بعد بعض، لايقع بغير المدخول بها، منه ، أكثر من طلقة واحدة ؛ لأنه طلاق

مفرق فى غير المدخول بها، فتبين بطلقة؛ لأنه لا عدة عليها، فتصادفها الطلقة الثانية بائنا ، فلم يمكن وقوع الطلاق بها ؛ لأنها غير زوجة ، وإنما تطلق الزوجة . وقد انعقد الإجماع على ذلك . أما غير المدخول بها فيقع ثلاث إذا أوقعها بمثل قوله : أنت طالق، فطالق ، فطالق. أو قوله : أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق، أوأنت طالق، ثم طالق،وطالق، أوفطالق، وأشباه ذلك؛ لأن هذه حروف تقتضى الترتيب ، فتقع بها الأولى فتبينها فتأتى الثانية ، فتصادفها بائنا غير زوجة فلا تقع بها ، وأما المدخـــول بها فتأتى الثانية فتصادف محل النكاح فتقع ، وكذلك الثالثة . وكذلك لو قال : أنت طالق، بل طالق، وطالق. ذكره أبو الخطاب . ولو قال : أنت طالق طلقة قبل طلقة، أو بعد طلقة، أو بعدها طلقة، أو طلقة، فطلقة،أو طلقة، ثم طلقة، وقع بغير المدخول بها طلقة ، وبالمدخول بها طلقتان؛ لما ذكرنا من قبل من أن هذا يقتضى طلقة بعد طلقة .

أنت طالق طلقة قبلها طلقة :

وإن قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففى المذهب آراء نجملها فيما يلى:

١ ـــ الرأى الراجح :

نقل عن القاضى أنه يقع بالعبارة السابقة طلقة واحدة بغير المدخول بها. وطلقتان بالمدخول بها . وعلل القاضى لهذا الرأى فقال :

إن هذا طلاق بعضه قبل بعض . فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال : طلقة بعد طلقة . ولا يمتنع أن يقع المتأخر فى لفظه متقدما كما لو قال : طلقة بعد طلقة ، أو قال : أنت طالق طلقة غدا وطلقة اليوم فانه لو قيل جاء زيد بعد عمرو ، أو جاء زيد وقبله عمرو ، أو أعط زيدا بعد عمرو كان كلاما صحيحا يفيد تأخير المتقدم لفظا عن المذكور بعده وليس هذا إيقاعا للطلاق فى زمن ماض وإنما يقع إيقاعه فى المستقبل مرتبا على الوجه

الذى رتبه . ولو قدر أن احداهما موقعة فى زمن ماض لامتنع وقوعها وحدها ووقعت الأخرى وحدها وهذا الرأى يوافق ظاهر مذهب الشافعى.

رأى آخر :

وقال أبو بكر : إذا قال الرجل لزوجته : أنت طالق طلقة قبلها طلقة . يقع طلقتان فى المدخول بها ، وغير المدخول بها . وهذا الرأى يوافق قول أبى حنيفة .

توجيه هذا الرأى :

وقد علل لهذا الرأى : بأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة ، فوقعت معها ، لأنها لما تأخرت عن الزمن الذى قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا وجب إيقاعها فى أقرب الأزمنة إليها وهو معها ، ولا يلزم تأخرها إلى مابعدها ، لأن قبله زمن يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب ، فلا يؤخر إلى البعيد مع إمكان القريب[1] .

المذهب الظاهرى

تأثير النية فى عدد الطلقات :

للظاهرية رأى بالنسبة لتأثير النية فى المدخول بها ، وغير المدخول بها فى عدد الطلقات التى يصح أن تكون محلا لوقوعها على المطلقة فتارة يسوون بين المدخول بها وغير المدخول بها ، وتارة أخرى يفرقون . وتفصيل ذلك مايأتى :

يعتد بالنيـة :

قال الظاهرية : من قال : أنت طالق ، ونوى اثنتين ، أو ثلاثا ، فهو كما نوى ، سواء قال ذلك ، ونواه فى موطوأة ، أو فى غير موطوأة . وإن

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٤١٦ .

لم ينو عددا من الطلاق فهى واحدة : لأنها أقل الطلاق فهى اليقين الذى لاشك فيه أنه يلزمه .

دليل ماتقدم

واستدل الظاهرية لقولهم السابق بالسنة والمعقول فقالوا :

السنة

أما السنة فمنها قول الرسول صلى الله عليه وسلم: « إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء مانوى » .

وجه الاستدلال

بين الحديث أن حجة العمل وتحققه متوقفة على نية فاعله ، وأن كل امرىء يحاسب ويجازى على عمله طبقا لما نواه وقصده وأراده من العمل الذى قام به . ولهذا كانت للنية آثار هامة فى مسائل متعددة ؛ فقد يصبح المباح ، ممنوعا ومحرما اعتبارا واعتمادا على النية من إتيان هذا المباح . وكذلك قد يصبح الحرام آخذا حكم الحلال المباح استعماله شرعا حسب النيـة من الإتيان به .

المعقول

أما المعقول فقد وضحه ابن حزم بقوله : إننا قد ذكرنا أن طلاق الثلاث مجموعة سنة ، وأن اسم الطلاق يقع عليها ، وعلى الثنتين ، وعلى الواحدة ، فإذ ذلك كذلك ، فهو ومانواه من عدد الطلاق .

إذا لم ينو عددا

أما إذا لم ينو عددا من الطلاق بقوله : أنت طالق، فيقع طلقة واحدة؛ لأنها أقل الطلاق . فهى اليقين الذى لاشك فيه أنه يلزمه . ولا يجوز أن يلزم زيادة بلا يقين .

إن نوى التأكيد فلا تكرار للطلاق

ولو قال الرجل لامرأته : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق، ونوى التكرير لكلمته ، وإعلامها فالواقع طلقة واحدة ،كما إذا لم ينو شيئا، سواء فى ذلك الموطوأة ، أو التى لم يطأها .

إذا نوى تكرار الطلاق

ولو قال الرجل لامرأته التى دخل بها : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، ونوى بذلك أن كل طلقة غير الأخرى،فهى ثلاث، إن كررها ثلاثا . وهى اثنتان إن كررها مرتين بلا شك . ولو قال لغير موطوأة منه : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق فهى طلقة واحدة[1] ؛ لأن تكراره للطلاق وقع وهى فى غير عدة منه إذ لا عدة على غير موطوأة بنص القرآن . وهى أجنبية بعد . وطلاق الأجنبية باطل .

تلخيص ابن حزم لرأى مخالفيه

لخص ابن حزم آراء مخالفيه فقال: « واختلف الناس فى هذا[2]؛ فقالت طائفة كما قلنا ، وقالت طائفة : إن كان وصل كلامه ، ولم يقطع بعضه عن بعض فهى ثلاث لازمة ، وإن كان مفرقا بين كلامه بسكتة فهى طلقة واحدة فقط ، وقالت طائفة : إن كان ذلك فى مجلس واحد فهى كلها لوازم ، سواء فرق بين كل طلاقين بسكتة ، أو لم يفرق . وإن كان ذلك فى مجالس شتى لم يلزم من الطلاق إلا ما كان فى المجلس الأول فقط ، وتابع ابن حزم قوله فبين دليله هو ، ومن قال مثل قوله ، فقال :

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٧٤ مسألة ١٩٥٠ ، ١٩٥١ .

(٢) يقصد اختلاف فقهاء المذاهب الأخرى فى وقوع أكثر من طلقة إذا قال الرجل لامرأته غير المدخول بها : أنت طالق، أنت طالق ، أنت طالق ، ورأى ابن حزم أنه لا يقع على المرأة فى هذه الحالة سوى طلقة واحدة .

دليل ابن حزم :

فممن روينا عنه مثل قولنا من طريق سعيد بن منصور حدثنا عتاب ابن بشير عن خصيف عن زياد بن أبي مريم عن ابن مسعود فيمن طلق امرأته ثلاثا ، ولم يكن دخل بها قال : هى ثلاث . فإن طلقها واحدة ، ثم ثنى ، ثم ثلث، لم يقع عليها ؛ لأنها قد بانت بالأولى . وصح هذا عن خلاس، وإبراهيم النخعى فى أحد أقواله ، وطاووس ، والشعبى ، وعكرمة ، وأبى بكر عبد الرحمن بن الحارث بن هشام . وحماد بن أبى سليمان . ورويناه عن مسروق ، ورويناه عن طريق الحجاج بن المنهال بسند ينتهى الى مطرف بن طريف الذى قال : سألت الحكم بن عتيبة عمن قال لامرأته : أنت طالق ، أنت طالق، أنت طالق، يعنى: ولم يكن دخل بها . قال : تبين بالتطليقة الأولى. والثنتان التى أتبع ليستا بشىء فقلت له : عمن تحفظه قال : عن على بن أبى طالب ، وعبد الله بن مسعود ، وزيد بن ثابت، ورويناه أيضا عن ابن عباس، وهو قول سفيان الثورى ، والحسن بن حى ، وأبى حنيفة والشافعى ، وأبى ثور ، وأبى عبيد ، وأحمد بن حنبل ، وأبى سليمان ، وأصحابهم .

مناقشة ابن حزم أدلة مخالفيه

قال ابن حزم : إن الروايات التى استدل بها أصحاب الرأى القائل بالتفريق بين تكرار لفظ الطلاق فى مجلس واحد أو فى عدة مجالس — وقالوا بلزوم الطلاق فى المجلس الواحد سواء فرق كل طلاقين بسكتة أو لم يفرق — وبعدم لزوم الطلاق إذا كان فى مجالس شتى إلا ما كان فى المجلس الأول — إن الذى قيل كدليل لهذا الرأى كلها روايات لابيان فيها؛ فقد روى من طريق سعيد بن منصور بسند ينتهى إلى عطاء بن أبى رباح وجابر بن زيد انهما قالا جميعا : إذا طلقت البكر ثلاثا فهى واحدة — ونقل عن الحسن فيمن طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول بها : أنه إن شاء

خطبها . كما نقل عن عطاء بن يسار أنه سئل عمن طلق امرأته ثلاثا قبل أن يمسها، أنه قال : طلاق البكر واحدة — وكل هذه الروايات لم يبين فيها هل الطلقات كانت مفرقة أم مجموعة، والله أعلم بمرادهم — أما ماقيل من أن ابن عباس سأله رجل من مزينة طلق امرأته ثلاثا قبل الدخول — وكان أبو هريرة عند بن عباس حينئذ — فقال أبو هريرة له: واحدة تبينها ، وثلاث تحرمها فصوبها ابن عباس . فهذه الرواية مطعون فيها بعدم الصحة ؛ لأن فى سندها عمر بن راشد وهو ضعيف .

أما مانقل أن عبد الله قال فيمن طلق امرأته البكر : واحدة تبينها ، وثلاث تحرمها، ونحو ذلك، عن أم سلمة أم المؤمنين ، وعلى بن أبى طالب فلا دليل فيها ؛ لأنها لم تبين أمفرقة هى أم مجموعة — ويقول ابن حزم : وبذلك كانت كل الأقوال المخالفة لاتستند إلى برهان، فسقطت، فصح قولنا؛ لأنه بتمام قوله لها : أنت طالق بانت، وحل لها زوج غيره ، ولو مات لم ترثه ، ولو ماتت لم يرثها ، وليست فى عدة منه ، فطلاقه لها لغو ساقط وبالله التوفيق[1] .

التطليق ثلاثا بلفظ واحد :

ولو قال لزوجته التى لم يدخل بها ؛ أنت طالق ثلاثا : فإن قال لها ذلك ناويا فى قوله: أنت طالق، أنها ثلاث، فهى ثلاث. فإن لم ينو ذلك لكن نوى الثلاث، إذ قال ثلاثا، لم يقع سوى طلقة واحدة؛ لأنه بتمام قوله: أنت طالق بانت منه فصار قوله ثلاثا لغوا لامعنى له[2] .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٧٦ مسألة ١٩٥١

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٧٦ مسألة ١٩٥٢

من طلق فى نفسه دون أن يتلفظ

قال ابن حزم : ومن طلق فى نفسه لم يلزمه الطلاق . واستدل لذلك بالسنة والمعقول ؛ فقال :

السنة :

أما السنه فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « عفى لأمتى عما حدثت به نفسها مالم تخرجه بقول أو عمل »[٣]

وجه الاستدلال :

أبان الحديث الشريف أن حديث النفس ساقط مالم ينطق به وقد وردت عدة روايات تفيد المعنى المذكور . فمن ذلك ماروى عن عطاء أنه قال : إذا طلق فى نفسه فليس بشىء » ونقل عن أبى الشعثاء ، جابر بن زيد، أنه قال : إذا طلق فى نفسه فليس بشىء » كما نقل أن رجلا طلق امرأته فى نفسه فانتزعت منه فقال جابر بن زيد : لقد ظلم .

المعقول :

قال ابن حزم : الفرض ، والورع ألا يحكم حاكم ، ولا يفتى مفت بفراق زوجة عقد نكاحها بكتاب الله عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم بغير قرآن أو سنة ثابتة — ومن نوى الطلاق ، ولم يلفظ به ، أو لفظ به ولم ينوه فليس طلاقا؛ لأن النكاح رابطة قوية فلا تنفصم إلا بعمل مبنى على قصد ونية ، حتى لا تتعرض الأسر للضياع والفساد .

مناقشة ابن حزم للمالكية :

قال ابن حزم : إن هناك قولا روى عن الزهرى ورواه أشهب عن

---

(٣) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٨٠ مسألة رقم ١٩٦٣

مالك يفيد أن الطلاق يقع فيما لو نوى الطلاق ولم يلفظ به . فمن طلق فى نفسه وقع طلاقه . واستدل أصحاب هذا الرأى بقول الرسول صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات ، ولكل أمرىء مانوى » .

قال ابن حزم : وهذا الخبر حجة لنا عليهم ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يفرد فيه النية عن العمل ، ولا العمل عن النية ، بل جمعهما جميعا ، ولم يوجب حكما بأحدهما دون الآخر . وهكذا نقول : إن من نوى الطلاق ولم يلفظ به ، أو لفظ به ولم ينوه فليس طلاقا إلا حتى يلفظ به ، وينويه إلا أن يخص نص شيئا من الأحكام بإلزامه بنية دون عمل ، أو بعمل دون نية فنقف عنده — وقال ابن حزم : إن القول بأن النية معتبرة شرعا فى بعض الأمور الهامة فمن اعتقد الكفر بقلبه فهو كافر وأن لم يلفظ به ، فكذلك الطلاق وإن المصر على المعاصى عاص آثم معاقب بذلك ، وأن من قذف محصنة فى نفسه فهو آثم ، ومن اعتقد عداوة مؤمن ظلما فهو عاص لله عز وجل ، وإن لم يظهر ذلك بقول أو فعل ، ومن أعجب بعلمه أو رأى فهو هالك ... كل ذلك لادليل فيه على اعتبار أن المطلق فى نفسه متلفظا بالطلاق ، وذلك لأن اعتقاد الكفر قد جاء بخصوصه نص قرآنى قال تعالى : « يا أيها الرسول لايحزنك الذين يسارعون فى الكفر من الذين قالوا آمنا بأفواههم ولم تؤمن قلوبهم » ، فخرج هؤلاء بنصوص القرآن والسنن عما عفى عنه . والعفو عن حديث النفس إنما هو عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم[1] فضيلة لهم بنص الخبر ، ومن أسر الكفر فليس من أمته صلى الله عليه وسلم ، فهو خارج عن هذه الفضيلة . وأما المصر على المعاصى فليس بصحيح أنه آثم ، كما يدعى ؛ فقد صح عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب عليه » ، فصح أن المصر الآثم بإصراره هو الذى عمل السيئة ثم أصر

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١ ص ١٩٩ ، ٣٠٠

عليها ، فهذا جمع نية السوء ، والعمل السوء معا . وأما من قذف محصنة فى نفسه فقد نهاه الله عزوجل عن الظن السوء ، وهـذا ظن سوء فخرج عما عفى عنه بالنص ، ولايحل أن يقاس عليه غيره ، فيخالف النص الثابت فى عفو الله عز وجل عن ذلك . وأما من اعتقد عداوة مسلم فإن لم يضره بعمل ، ولا بكلام ، فإنما هو بغضة ، والبغضة التى لايقدر المرء على صرفها عن نفسـه لايؤاخذبها ؛ فإن تعمد ذلك فهو عاص : لأنه مأمور بموالاة المسلم ومحبته، فتعدى ما أمره الله تعالى به، فلذلك أثم، وهكذا الرياء والعجب، وقد صح النهى عنهما . ولم يأت نص قط بإلزام طلاق ، أو عتاق ، أو رجعة أو هبة ، أو صدقة بالنفس لم يلفظ بشيء من ذلك ، فوجب أنه كله لغو(١)

تـكرار الطلاق إعلاما وإخبارا

قال الظاهرية : ومن طلق امرأته ثم كرر طلاقها لـكل من لقيه مشهدا أو مخبرا فهو طلاق واحد لايلزمه أكثر من ذلك(٢).

على المرأة أن تمنع نفسها:

قال ابن حزم : ومتى أيقنت المرأة من أن زوجها طلقها ثلاثا ، أوآخر ثلاث ، أو دون ثلاث ، ولم يشهد على مراجعته لهـا حتى تمت عدتها ، ثم أمسكها معتديا ففرض عليها أن تهرب عنه ، إن لم تـكن لها بينة . فإن أكرهها فلها قتله دفاعا عن نفسها ، وإلا فهو زنى منها، إن أمكنته من نفسها، وهو أجنبي كعابر السبيل لحـكمه فى كل شيء حكم الأجنبي .

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص٢٠٠

(٢) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ٢١٨

تعليق الطلاق

تعليق الطلاق على مشيئة الله :

يرى الظاهرية عدم وقوع الطلاق إذا علقه على مشيئة الله. وتفريعا على ذلك قالوا إذا قال رجل لزوجته : أنت طالق إن شاء الله ، أو قال : إلا أن يشاء الله ، أو قال : إلا أن يشاء الله . أو قال : إلا ألا يشاء الله فكل ذلك سواء ، لا يقع بشيء من ذلك طلاق .

الدليل

استدل الظاهرية على عدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله بالقرآن الذي منه قوله تعالى : (ولا تقولن لشيء إني فاعل ذلك غدا إلا أن يشاء الله) وقوله تعالى : (وما تشاءون إلا أن يشاء الله) وقالوا : إننا نعلم أن الله تعالى لو أراد إمضاء هذا الطلاق ليسره بإخراجه بغير استثناء فصح أنه تعالى لم يرد وقوعه إذ يسره بتعليقه بمشيئته عز وجل .

تعليق الطلاق على مشيئة إنسان

ويفهم من كلام ابن حزم أن تعليق الطلاق على مشيئة الإنسان يجعل الطلاق غير واقع ؛ فقد نقل ابن حزم أقوال مخالفيه في موضوع تعليق الطلاق على المشيئة فقال : روى عن أبي ليلى : إن طلق واستثنى فالطلاق واقع ، وإن أخرجه مخرج اليمين فله استثناؤه . وقال مالك : فإن قال : أنت طالق إن شاء زيد أو قال : إلا أن لا يشاء زيد ، أو إلا أن يشاء زيد ، فإنها لا تطلق إلا أن يشاء زيد واحتجوا لذلك بأن مشيئة زيد تعرف ومشيئة الله تعالى لا تعرف . ورد ابن حزم على ذلك فقال : قال أبو محمد : وهذا باطل بل مشيئة زيد لا يعرفها أحد غيره وغير الله تعالى ؛ لأنه قد يكذب .

وأما مشيئة الله تعالى فمعروفة بلا شك ؛ لأن كل ما نفذ فقد شاء الله تعالى كونه ، ومالم ينفذ فلا نشك أن الله تعالى لم يشأ كونه . »[1]

إضافة الطلاق إلى زمن أو تعليقه على شيء

يرى الظاهرية أن الطلاق المضاف إلى زمن مستقبل لا يقع لا فى الحاضر ولا فى المستقبل؛ فمن قال لزوجته : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو ذكر وقتا ما فلا تكون طالقا بذلك لا الآن ، ولا إذا جاء رأس الشهر ؛ لأن ذلك لم يأت به قرآن ولا سنة ، فقد علمنا الله الطلاق على المدخول بها ، وفى غير المدخول بها . وليس هذا فيما علمنا « ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه» .
والقاعدة العامة فى المذهب : أن كل طلاق لا يقع حين إيقاعه ، فمن المحال أن يقع بعد ذلك فى حين لم يوقعه فيه .

مناقشة الظاهرية أدلة مخالفيهم

ناقش ابن حزم آراء الفقهاء الذين خالفوه فقال :[2] ومن قال : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ، أو ذكر وقتا ما . . . . وقد اختلف الناس فى هذا فقالت طائفة من طلق إلى أجل لم يقع بذلك الطلاق إلا إلى ذلك الأجل. . . . فقد نقل عن ابن عباس أنه كان يقول : من قال لامرأته : أنت طالق إلى رأس السنة ، إنه يطؤها ما بينه وبين رأس السنة » ونقل عن عطاء أنه قال : من قال لامرأته : أنت طالق إذا ولدت فله أن يصيبها مالم تلد ، ولا تطلق حتى يأتى الأجل وكذلك من قال : إلى سنة وروى عن جابر بن زيد أبى الشعثاء أنه قال : هى طالق إلى الأجل الذى سمى وتحل له مادون ذلك . وروى عن سفيان الثورى أنه قال : من قال لامرأته إذا حضت حيضة فأنت

---

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ٢١٨ .
(٢) » » جـ١٠ ص ٢١٣ ، ٢١٤ ، ١٥

طالق . فإنها إذا دخلت فى الدم طلقت عليه . فإن قال لها متى حضت حيضة فأنت طالق فإنها لا تطلق حتى تغتسل من آخر حيضتها ؛ لأنه راجعها حتى تغتسل وبأن لا يقع الطلاق المؤجل إلا إلى أجله . . . .
وهناك قول آخر : وهو أن الطلاق يقع فى الحال ساعة التلفظ به .
ونقل هذا القول عن سعيد بن المسيب فيمن طلق امرأته إلى أجل قال : يقع الطلاق ساعتئذ ولا يقربها . . . . وقول ثالث يفرق بين تعليق الطلاق على شيء وبين إضافته إلى زمن ، فقد نقل قتادة عن الحسن أنه قال : إذا قال : أنت طالق إذا كان كذا لأمر لا يدرى أن يكون أو لا ، فليس بطلاق حتى يكون ذلك، ويطؤها فإن ماتا قبل ذلك توارثا . فإن قال : أنت طالق إلى سنة ، فهى طالق حين يقول ذلك . وهو قول مالك . وقول رابع روى عن ابن أبى ليلى فيمن قال لامرأته : أنت طالق إلى رأس الهلال قال : أتخوف أن يكون قد طلقها . فوجدنا من حجة من قال بأنه وقع عليه الطلاق الآن ، أنهم قالوا : هذا الطلاق إلى أجل فهو باطل ، كالنكاح إلى أجل . فقلنا لهم فلم قلتم : إنه إن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق أنها لا تطلق إلا بدخول الدار . فإنه طلاق إلى أجل فأوقعتموه حين لفظ به .
وبهذا نعارضهم فى قولهم: إن ظاهر أمره أنه ندم إذ قال : أنت طالق فأتبع ذلك بالأجل فيلزمهم ذلك فيمن قال : أنت طالق إن دخلت الدار . وهو قول صح عن شريح فألزمه الطلاق دخلت الدار أو لم تدخله . وقالوا إذا قال: أنت طالق، فالطلاق مباح ، فإن أتبعه أجلا فهو شرط ليس فى كتاب الله تعالى ، فهو باطل ؛ فقلنا : بل ما طلاقه إلا فاسدا لا مباح ؛ إذ علقه بوقت . ولا يجوز إلزامه بعض ما التزم دون سائره، فظهر فساد هذا القول.
ويكفى من هذا أنه تحريم فرج بالظن على من أباحه الله تعالى له باليقين ونعوذ بالله من هذا . ولا نجد لمن فرق بين الأجل الآتى ، والآبد ، وبين الأجل الذى لا يأتى ، حجة أصلا ، غير دعواه ، لا سيما وهم يفسدون النكاح إذا

أجل الصداق إلى أجل قد يكون ، وقد لا يكون . بعكس قولهم في الطلاق ، وكلا الأمرين أجل ولا فرق ، وأيضا فقد يأتى الأجل الذى قالوا فيه : إنه يجىء وهو ميت ، أو وهى ميتة ، أو كلاهما ، أو قد طلقها ثلاثا ، فظهر فساد هذا القول جملة وبالله التوفيق . . . ثم نظرنا فيما يحتج به من أجاز ذلك وجعل الطلاق يقع إذا جاء الأجل ، لا قبل ذلك بأن قال : قال الله تعالى : « وأوفوا بالعقود » . فقلنا : إنما هذا فى كل عقد أمر الله تعالى بالوفاء به ، أو ندب إليه ، لا فى كل عقد جملة ، ولا فى معصية ، ومن المعاصى أن يطلق بخلاف ما أمر الله تعالى فلا يحل الوفاء به . وقالوا : « المسلمون عند شروطهم » وهذا كالذى قبله ، لأن رسول الله صلى عليه وسلم قال : « كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل » ، والطلاق إلى أجل مشترط بشرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل . وقالوا : نقيس ذلك على المداينة إلى أجل ، والعتق إلى أجل ؛ فقلنا[1] : القياس باطل ، ثم لو كان حقا لكان هذا منه باطلا ؛ لأن المداينة ، والعتق قد جاء فى جوازهما إلى أجل النص ، ولم يأت ذلك فى الطلاق ، ثم لو كان القياس حقا لكان هذا منه باطلا ؛ لأنكم مجمعون على أن النكاح إلى أجل لا يجوز ، وأن ذلك النكاح باطل فهلا قستم الطلاق إلى أجل على ذلك . وقالوا : قد أجمعوا على وقوع الطلاق عند الأجل ؛ لأن من أوقعه حين نطق به فقد أجازه ، فالواجب المصير إلى ما اتفقوا عليه فقلنا هذا باطل ، وما أجمعوا قط على ذلك ؛ لان من أوقع الطلاق حين لفظ به المطلق لم يجز قط أن يؤخر إيقاعه إلى أجل . والذين أوقعوه عند الأجل لم يجيزوا إيقاعه حين نطق به ، وقالوا : هذا قول صاحب لا يعرف له من الصحابة مخالف . فقلنا :

---

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ٢١٤ ، ٢١٥ .

هذا من رواية أبي العطوف الجراح بن المنهال الجزري. وهو كذاب مشهور بوضع الحديث ، فبطل هذ القول ، أيضا ، والحمد لله رب العالمين .

تفويض الطلاق للمرأة

يرى الظاهرية أن من جعل لزوجته أن تطلق نفسها لم يلزمه ذلك ، ولا تكون طالقا سواء طلقت نفسها أو لم تطلق ؛ لأن الطلاق : إنما جعله الله للرجال لا للنساء[1] .

الحلف بالطلاق والطلاق بالصفة

يرى الظاهرية أن اليمين بالطلاق لا يلزم . وسواء بر أو حنث، لا يقع به طلاق ، ولا طلاق إلا كما أمر الله تعالى ، ولا يمين إلا كما امر الله عز وجل على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم .

الدليل على عدم وقوع الطلاق بالحلف به

استدل الظاهرية على عدم وقوع الطلاق بالحلف بقول الله عز وجل : «ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم» . كما استدلوا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من كان حالفا فلا يحلف إلا بالله ، فكل حلف بغير الله عز وجل هو معصية وليس يمينا . وقد قضى بعدم الطلاق على من حلف بالطلاق فحنث في يمينه صحابي جليل هو على بن أبي طالب ، فقد روى عنه رضى الله عنه أن بعض الصحابة اختصموا إليه طالبين أن يطلق على الرجل امرأته حيث حلف بالطلاق وحنث ، فلم يقض على بالطلاق فقد روى عن الحسن أن رجلا تزوج امرأة وأراد سفرا فأخذه أهل امرأته فجعلها طالقا ، إن لم يبعث بنفقتها إلى شهر فجاء الأجل ، ولم يبعث إليها بشيء ، فلما قدم خاصموه إلى على فقال على: اضطهد تموه حتى جعلها طالقا فردها عليه ، ونقل عن شريح القاضى أنه خوصم إليه في رجل طلق امرأته إن أحدث في الإسلام حدثا ، فاكترى بغلا إلى حمام اعين ، فتعدى به إلى أصبهان فباعه ،

(١) المحلى لابن حزم جـ١٠ ص ١٢٦ .

واشترى به خمرا فقال شريح : إن شئتم شهدتم عليه أنه طلقها . فجعلوا يرددون القصة ، ويردد عليهم فلم يره حدثا . وأخبر بن طاوس أن أباه كان يقول : الحلف بالطلاق ليس شيئا ، فسئل هل كان يمينا ؟ فقال: لا أدرى فهؤلاء: على بن طالب وشريح ، وطاوس، لا يقضون بالطلاق على من حلف به فحنث . ولا يعرف لعلى فى ذلك مخالف من الصحابة رضى الله عنهم[1] .

وقال ابن حزم : والطلاق بالصفة عندنا كما هو الطلاق باليمين . كل ذلك لا يلزم وبالله التوفيق . ولا يكون طلاقا إلا كما أمر الله تعالى به وعلمه وهو القصد إلى الطلاق. وأما ماعدا ذلك فباطل وتعد لحدود الله عز وجل. وقد ذكرنا . قول عطاء ، فيمن حلف بطلاق امرأته ثلاثا إن لم يضرب زيدا فمات زيد ، أومات هو : انه لا طلاق عليه أصلا ، وانه يرث امرأته إن ماتت ، وترثه إن مات . وهذا هو قول أبى ثور .

رد أقوال المخالفين :

وقد ذكر ابن حزم أقوال أصحاب المذاهب الأخرى التى خالفته ثم فندها فقال : « وقال سفيان : الطلاق يقع بعد الموت — (فيما لو حلف الرجل بطلاق زوجته ثلاثا أن لم يضرب زيداً فمات زيد ، أو مات هو) — وهذا خطأ ظاهر . وقال الشافعى : الطلاق يقع عليه ، والحنث فى آخر أوقات الحياة . وهذه دعوى بلا برهان ، وقال مالك : يوقف عن امرأته وهو على حنث حتى يبر . وهذا كلام فاسد ؛ لأنه إن كان على حنث فهو حانث ، فيلزمه أن تطلق عليه امرأته ، أو أن تلزمه الكفارة باليمين بالله ، وإلا فليس حانثا ، وإذا لم يكن حانثاً فهو على بر ، ولا بد من أحدهما ، ولا سبيل إلى حالة ثالثة للحالف أصلا ، فصح أن قوله هو على حنث كلام لا يعقل وبالله التوفيق . وليت شعرى ! ! لأى شيء يوقف عن امرأته ،

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢١٢ ، ٢١٣ .

ولا تخلو من أحد وجهين : إما أن تكون حلالا له فلا يحل توقفه عن الحلال ، أو تكون حراما ، فلا تحرم عليه إلا بالحنث فليطلقها عليه ثم نقول لهم : من أين أجزتم الطلاق بصفة، ولم تجيزوا النكاح بصفة ، والرجعة بصفة ؛ كمن قال : إذا دخلت الدار فقد راجعت زوجتى المطلقة ، أو قال : فقد تزوجتك . وقالت هى مثل ذلك ، وقال الولى مثل ذلك ولا سبيل إلى فرق . وبالله التوفيق[1] .

تعليق الطلاق على الزواج :

قال الظاهرية : لا أثر لتعليق طلاق الرجل أجنبية عنه على زواجه بها فمن قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق . أو قال : فهى طالق ثلاثا فكل ذلك باطل . وله أن يتزوجها ولا تكون طالقا . وكذلك لو قال : كل امرأة أتزوجها فهى طالق . وسواء عين مدة قريبة . أو بعيدة . أو قبيلة ، أو بلدة ، كل ذلك باطل لا يلزم .

وبهذا القول قال على بن أبى طالب رضى الله عنه . فقد نقل عنه أنه قال : « لا طلاق إلا من بعد نكاح . وإن سماها فليس بطلاق » وسئل عن رجل قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق ، فقال على رضى الله عنه : « ليس طلاق إلا من بعد ملك » وروى مثل هذا عن ابن عباس فقد روى عنه أنه قال : « لا طلاق إلا من بعد نكاح » قال عطاء : فإن حلف بطلاق ما لم ينكح فلا شىء . قال ابن جريج : بلغ ابن عباس أن ابن مسعود يقول : إن طلق ما لم ينكح فهو جائز . فقال ابن عباس : أخطأ فى هذا ، إن الله عز وجل يقول : « إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » ولم يقل إذا طلقتم المؤمنات ، ثم نكحتموهن — وعن جابر بن عبد الله يرفعه « لا طلاق قبل نكاح »[2] .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢١٣ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٥ .

رد شبه المجيزين لتعليق الطلاق :

وقد رد ابن حزم على من أجاز تعليق طلاق المرأة الأجنبية عنه على زواجه منها ففند حجج أصحاب هذا الرأى ؛ فقال :

إن المجيزين لتعليق الطلاق على الزواج تمسكوا بأن التعليق للطلاق على الزواج جائز ؛ قياسا على النذر ، وامتثالا لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود[1]» ، فالطلاق المعلق عقد على إزالة قيد النكاح مشروط بشرط — وقالوا أيضاً : أن تعليق الطلاق ، وإضافته إلى زمن معين، جائز ؛ قياسا على الوصية — وكل هذا — كما يقول ابن حزم — فاسد للآتى :

أما القول بجواز التعليق قياساً على النذر فالقياس كله باطل ثم لو صح لـكان هذا منه باطلا : لأن النذر جاء فيه النص ، ولم يأت فى تقديم الطلاق قبل النكاح نص . والنذر شيء يتقرب به إلى الله عز وجل وليس الطلاق مما يتقرب به إلى الله عز وجل ، ولا مما ندب الله تعالى عباده إليه ، وحضهم عليه ، ومن المتفق عليه أن الرجل لو قال : على نذر لله تعالى أن أطلق زوجتى أنه لا يلزمه طلاقها ، وهذا مما يبطل القول بجواز تعليق الطلاق أو إضافته إلى زمن قياساً على النذر . أما القول بجواز تعليق الطلاق امتثالا لأمر الله تعالى الوارد فى قوله : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » فيرد عليه بأن الطلاق ليس من العقود اللازم الوفاء بها لمن عقده على نفسه بمعنى عقد أن يطلق إلا أنه لم يطلق فليس الطلاق من العقود التى أمر الله تعالى بالوفاء بها قبل أن توقع . أما القياس على الوصية فهذا كما يقول ابن حزم من أرذل قياساتهم وأظهرها فساداً ؛ لأن الوصية نافذة بعد الموت ، ولو طلق الحى بعد موته لم يجز ، والوصية قربة إلى الله عز وجل بل هى فرض ، والطلاق ليس فرضا ، ولا مندوبا إليه . ويقول ابن حزم : « وما وجدنا لهم شغبا غير هذا ؛ وهو قول لم يصح عن أحد من الصحابة

---

(١) الآية رقم ١ من سورة المائدة .

رضى الله تعالى عنهم وما روى عن عمر فى هذا فروايات موضوعة ففيها ياسين، وهو هالك، وفيها أبو محمد وهو مجهول، ثم الرواية فيها انقطاع فهو منقطع بين أبى سلمة وعمر.»[١] ورد ابن حزم على القول القائل بجواز تعليق الطلاق على الزواج إذا خص وبعدم إيقاع الطلاق إن عم فقال:

«ثم نظرنا فى قول من ألزمه إن خص، ولم يلزمه إن عم فوجدناه فرقا فاسداً، ومناقضة ظاهرة، ولم نجد لهم حجة أكثر من قولهم: إذا عم فقد ضيق على نفسه. فقلنا ما ضيق، بل له فى الشراء فسحة، ثم هبك أنه قد ضيق فأين وجدتم أن الضيق فى مثل هذا يبيح الحرام؟ وأيضاً فقد يخاف فى امتناعه من نكاح التى خص طلاقها إن تزوجها أكثر مما يخاف لو عم لكلفه بها فوضح فساد هذا القول، لتعريه عن البرهان جملة. ووجدناه أيضاً لا يصح عن أحد من الصحابة، لأنه إما منقطع، وإما من طريق محمد بن قيس المرهبي، وليس بالمشهور. ثم رجعنا إلى قولنا فوجدنا الله تعالى يقول: «إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن» وقال تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) فلم يجعل الله الطلاق إلا بعد عقد النكاح ومن الباطل ألا يقع الطلاق حين إيقاعه، ثم يقع حين لم يوقعه إلا ببرهان واضح ووجدناه إنما طلق أجنبية، وطلاق الأجنبية باطل. والعجب أن المخالفين لنا أصحاب قياس بزعمهم، ولا يختلفون فيمن قال لامرأته: إن طلقتك فأنت مرتجعة منى فطلقها، أنها لا تكون مرتجعة، حتى يبتدىء النطق بارتجاعه لها، ووجدناهم لا يختلفون فيمن قال: إذا قدم أبى فزوجينى من نفسك فقد قبلت نكاحك، فقالت: هى، وهى مالكة أمر نفسها: وأنا إذا جاء أبوك فقد تزوجتك، ورضيت بك زوجا. فقدم أبوه، فإنه ليس بينهما بذلك نكاح أصلا. ولا يختلفون فيمن قال لآخر: إذا كسبت مالا فأنت وكيلى فى

(١و٢) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٢٠٧

الصدقة به . فكسب مالا ، فإنه لا يكون الآخر وكيلا فى الصدقة به . إلا حتى يبتدىء اللفظ بتوكيله . فلا ندرى — (مع هذا الذى ذكر) — من أين وقع لهم جواز تقديم الطلاق ، والظهار قبل النكاح . وحسبنا الله ونعم الوكيل ... ويقول ابن حزم : إنهم لا يختلفون فيمن قال لآخر : زوجنى ابنتك إن ولدت لك من فلانة ، فقال الآخر : نعم قد زوجتك ابنتى إن ولدتها لى فلانة . فولدت له فلانة ابنة فإنها لا تكون له بذلك زوجة ... ولا يختلفون فيمن قال لآخر: إذا وكلتنى بطلاق امرأتك فلانة فقد طلقتها ثلاثا ، ثم وكله الزوج بطلاقها . أنها لا تكون بذلك طالقا ، ولا يختلفون فيمن قال : إن تزوجت فلانة فهى طالق ثلاثا فتزوجها فطلقها إثر تمام العقد ثلاثا . ثم أتت بولد لتمام ستة أشهر من حيث ذلك فإنه لا حق به . وهذه كلها متناقضات فاسدة . وبالله التوفيق[١] .

الشيعة الإمامية

الطلاق المعلق

الطلاق المعلق لا يقع

يشترط الشيعة الإمامية ، لوقوع الطلاق ألا يكون معلقاً على شرط ، أو صفة . وفسروا الشرط: بأنه ما أمكن وقوعه وعدمه ، كتعليق الطلاق على قدوم مسافر ، أو على دخول المرأة الدار .

أما تعليق الطلاق على صفة فقد فسره فقهاء الشيعة الإمامية : بأنه تعليق الطلاق على ماقطع بحصوله عادة كتعليقه على طلوع الشمس أو زوالها . وما تقدم هو موضع اتفاق الشيعة الإمامية — قال الحلى : « ويشترط تجريده عن الشرط ، والصفة ، واستثنى من ذلك على الرأى الراجح فى المذهب حالة أن يكون الشرط المعلق عليه الطلاق معلوم الوقوع للمعلق حال التلفظ بصيغة

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٠٨

تعليق الطلاق كقوله الرجل لزوجته : أنت طالق إن كان الطلاق يقع بك . وهو يعلم وقوعه ؛ لأنه حينئذ غير معلق فيقع الطلاق منجزا فى هذه الحالة[1] .

تعليق الطلاق على المشيئة

وقال الإمامية بعدم وقوع الطلاق المعلق على مشيئة الله ، اعتباراً بأن هذا من قبيل الطلاق المعلق على شرط .

تعليق الطلاق على النكاح

قال الإمامية بعدم وقوع الطلاق المعلق على الزواج من أجنبية وقت التعليق . فالشرط عندهم فى المطلقة هو الزوجية وقت التلفظ بصيغة الطلاق ، فلا يقع طلاق على أجنبية علق على الزواج منها ، ولو تحقق الشرط[2] .

لا يقع الطلاق بلفظ اختارى

يقول الإمامية : إنه لا يقع الطلاق بالتخيير للزوجة بين الطلاق . والبقاء بقصد الطلاق، وإن اختارت نفسها فى الحال؛ لأصالة بقاء النكاح وللرواية المنقولة عن الباقر (ع) « إنما الطلاق أن يقول : أنت طالق » ... الخبر ، ويقول الصادق (ع) « ما للناس ، والخيار؟ إنما هذه شيء خص الله به رسوله صلى الله عليه وسلم .

رأى آخر بالوقوع

وذهب ابن الجنيد إلى أن الطلاق يقع بالتخيير للزوجة بين الطلاق ، والبقاء بقصد الطلاق . واستدل برواية عن الباقر (ع) « المخيرة تبين من ساعتها من غير طلاق » — وقد تأول أصحاب الرأى القائل بعدم وقوع الطلاق هذه الرواية المنسوبة للإمام الباقر بأنها محمولة على تخيرها بسبب غير الطلاق، كتدليس ، وعيب ، جمعا بين الروايتين[4] .

(١ ، ٢) راجع المختصر النافع للحلى ص ١٩٨ — والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ١٤٨ .

(٣) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ١٤٩ .

(٤) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ١٤٨ .

تولى المرأة الطلاق

عبارة المرأة المكلفة معتبرة عند الإمامية فتنعقد بها سائر التصرفات ، فللمرأة مباشرة كافة العقود متى توافرت فيها الأهلية الكاملة . ولهذا قالوا: بجواز توكيل الزوجة فى طلاق نفسها ، وغيرها[1] .

دليل هذا الرأى

واستدل الإمامية لرأيهم السابق بقولهم : إنه قد اتفق على أن المرأة متى كانت كاملة الأهلية جاز لها أن تتولى التصرف فى مالها فمباشرتها الطلاق جائز كما جاز توليها غيره من العقود ؛ لأنها كاملة الأهلية. فلا وجه لسلب عبارتها فيه .

اعتراض ورد عليه

وقد اعترض على الإمامية فى إجازتهم تطليق المرأة نفسها بتوكيل الزوج لها فى ذلك بأن ذلك سيجعل المرأة فى هذه الحالة متولية الإيجاب والقبول فيكون عقد الطلاق قد تولاه طرف واحد. وهذا غير جائز؛ وقد أجاب الأمامية على هذا الاعتراض فقالوا : إن هذا لا يقدح فى صحة تولى المرأة طلاق نفسها إذا ما وكلها زوجها فى ذلك ، ولها أن تتولى تطليق غيرها من النساء إذا وكلت فى ذلك ممن له حق الطلاق ؛ لأنه فى حالة تطليقها لنفسها ستكون موجبة باعتبار وقابلة باعتبار آخر ، والمغايرة الاعتبارية كافية ، والطلاق مما يقبل النيابة ؛ فلا خصوصية للنائب .

اعتراض آخر ورد عليه

كما رد الإمامية على اعتراض آخر وجه لرأيهم السابق، وملخصه: أن الرسول صلى الله عليه وسلم فى قوله : الطلاق بيد من أخذ بالساق ، قد جعل الطلاق

بيد الرجل لا المرأة ، وفى إجازة تولى المرأة تطليق نفسها بتوكيل من زوجها منافاة لهذا الحديث ؛ فقالوا : إن قول الرسول صلى الله عليه وسلم : «الطلاق بيد من أخذ بالساق » لاينافى جواز توكيل الزوج زوجته فى طلاق نفسها؛ لأن يدها مستفادة من يده ، ولأن هذا الحديث لا يدل على حصر الطلاق فى الرجال ، وهو وأن دل على الحصر فدلالته ضعيفة .

هدم الزوج الثانى مابقى للأول من طلاق

المذهب الحنفى

رأى أبى حنيفة وأبى يوسف

يرى أبو حنيفة وأبو يوسف أن الزوج الثانى يهدم مابقى للزوج الأول من طلقات دون الثلاث كما يهدم الثلاث فتعود الزوجة إلى زوجها الأول بحل وملك جديدين كاملين. ومثل هذا روى عن على وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس ، وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم .

رأى محمد وزفر

أما عند محمد فالزوج الثانى لايهدم مادون الثلاث ، فتعود المرأة إلى الزوج الأول بعد طلاقها من زوجها الثانى بما بقى للزوج الأول من الطلقات الأولى لا غير . ومثل هذا نقل عن عمر وابى بن كعب ، وعمران بن حصين.

دليل أبى حنيفة ومن معه

استدل أبو حنيفة بالنصوص والمعقول :

نصوص الكتاب

أما نصوص الكتاب فالعمومات الواردة فى قوله تعالى : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء » وفى قوله تعالى: « وأنكحوا الأيامى منكم، والصالحين من عبادكم وإمائكم » .

وجه الاستدلال

العموم الوارد بالأمر بالنكاح فى الآية الأولى ، وبالإنكاح فى الآية الثانية يقتضى جواز النكاح من غير فصل بين أن تكون المرأة مطلقة ، أولا ، وبين أن تكون مطلقة ثلاثا ، تخللها إصابة الزوج الثانى أولا . . إلا أن المطلقة الثلاث التى لم يتخللها إصابة الزوج الثانى خصت عن النصوص فبقى ماوراءها داخلا فى العموم المقتضى حل وجواز النكاح أى أن المرأة المتزوجة بعد زوج آخر يملك عليها زوجها طلقات ثلاث سواء كانت قد تزوجت الزوج الثانى بعد طلاقها من الأول ثلاث تطليقات أو أقل(١) .

نصوص السنة

وأما النصوص من السنة فنها قوله صلى الله عليه وسلم : « تزوجوا ولا تطلقوا ، فإن الطلاق يهتز له عرش الرحمن » .

وجه الاستدلال

الحديث بعمومه فى الأمر بالتزوج والنهى عن الطلاق يفيد أنه لافرق بين الزواج بعد زوج آخر ، وبين الزواج بمن لم تتزوج قبل ، والتسوية بينهما فى الحل تقتضى وتستلزم التسوية بينهما فى الحقوق التى منها ملك الزوج ثلاث طلقات على الزوجة .

المعقول

واستدل لرأى أبى حنيفة بالمعقول من وجهين : أحدهما : أن النكاح مندوب إليه ، ومسنون ، وعقد ، ومصلحة ، لتضمنه مصالح الدين والدنيا

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٢٧ وفتح القدير ج ٣ ص ١٨٠ على الهداية شرح بداية المبتدى .

فلا يجوز أن يمنع عنه ؛ لأنه يؤدى إلى التناقض؛ لأن قطع المصلحة مفسدة، والشريعة منزهة عن التناقض . إلا أنه قد يخرج النكاح عن أن يكون مصلحه بمخالفة الأخلاق ومباينة الطباع، أوغير ذلك من المعانى، ويقع اليأس عن استيفاء المصالح من هذه المرأة : فشرع الطلاق لاستيفاء المقاصد المطلوبة من النكاح من زوجة أخرى ، إلا أن خروج النكاح عن أن يكون مصلحة لا يعرف إلا بالتأمل ، والتجربة، ولهذا فوض الطلاق إلى الزوج لاختصاصه بكمال الرأى والعقل ؛ ليتأمل ويتدبر ، ويتروى ، فإذا طلقها ثلاثا على ظن المخالفة ، ثم مال قلبه إليها حتى تزوجها بعد زواجها بزوج ثان وإصابة الزوج الثانى لها ، - وهذا أمر فى غاية النفار فى طباع الفحول ، ونهاية المنع - فدل ذلك على أن طريق الموافقة بينهما قائم ، وأنه أخطأ فى التجربة وقصر فى التأمل ، فبقى النكاح مصلحة ، لقيام الموافقة بينهما فلا يجوز القول بحرمته كما فى ابتداء النكاح ، بل أولى ؛ لأن ثمة لم يوجد إلا دليل أصل الموافقة ، وههنا وجد دليل كمال الموافقة بينهما . وهو الميل إليها مع وجود ماهو النهاية فى النفرة . ثم لما حل نكاحها فى الابتداء لتحقيق المقاصد ، فبعد إصابة الزوج الثانى أولى . وهذا المعنى لا يوجب التفرقة بين إصابة الزوج الثانى بعد الطلقات الثلاث ، وبين ما قبلها فورود الشرع بجواز النكاح ثمة يكون ورودا ههنا دلالة .

والوجه الثانى : أن الحل بعد إصابة الزوج الثانى ، وطلاقه إياها ، وانقضاء عدتها، حل جديد . والحل الجديد لا يزول إلا بثلاث طلقات كما فى ابتداء النكاح . والدليل على أن هذا حل جديد هو أن الحل الأول قد زال حقيقة ؛ لأنه عرض لا يتصور بقاؤه ، إلا أنه إذا لم يتخلل بين الحلين حرمة يجعل كالدائم بتجدد أمثاله ، فيكون كشىء واحد ، فكان زائلا حقيقة ، وتقديرا ، فكان الثانى حلا جديدا . والحل الجديد لا يزول إلا بثلاث تطليقات كما فى ابتداء النكاح .

دليـل محمد ومن معه

احتج محمد وزفر لرأيهما القائل: إن الزوج الثانى لا يهدم الطلقة ولا الطلقتين المتبقيتين للزوج الأول بقوله سبحانه وتعالى: «الطلاق مرتان، فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به، تلك حدود الله فلا تعتدوها، ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون. فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله، وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون».

وجه الاستدلال

أظهر النص القرآنى السابق حرمة المطلقة ثلاثا على مطلقها حتى يصيبها الزوج الثانى من غير فصل بين ما إذا تخللت إصابة الزوج الثانى الثلاث، أو لم يتخللها. وهذه مطلقة الثلاث حقيقة؛ لأن هذه طلقة قد سبقها طلقتان حقيقة، والطلقة الثالثة هى الطلقة التى سبقتها طلقتان، فدخلت تحت النص. ولأن الزوج الثانى جعل فى الشرع منهيا للحرمة؛ لقوله تعالى: فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره» «وحتى» كلمة غاية. وغاية الحرمة لا تتصور قبل وجود الحرمة. والحرمة لم تثبت قبل الطلقات الثلاث، فلم يكن الزوج الثانى منهيا للحرمة، فيلحق بالعدم.

مناقشة أبى حنيفة لأدلة محمد وزفر.

لخص صاحب بدائع الصنائع رد أبى حنيفة وأبى يوسف على ما استدل به محمد وزفر فقال. وأما فى قوله سبحانه وتعالى: «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره»، فهذه الآية الكريمة تتناول طلقة ثالثة

(١) الآية رقم ٣٠ البقرة

مسبوقة بطلقتين بلا فصل ؛ لأن الفاء للتعقيب بلا فصل . وإصابة الزوج الثانى ههنا حاصلة ، فلا يتناولها . أو تحمل الآية على ما إذا لم يدخل بها الزوج الثانى حتى طلقها ، وتزوجها الأول ، وطلقها واحدة ... توفيقاً بين الدلائل . وأما قوله : بأن الشرع جعل إصابة الزوج الثانى غاية للحرمة فنقول : كون الإصابة غاية للحرمة ، يقتضى انتهاء الحرمة عند عدم الإصابة ، وقد بينا أنه يثبت حل جديد بعد الإصابة[1] .

الترجيح :

رجح الكمال بن الهمام رأى محمد فى أن الزوج الثانى لايهدم مابقى للزوج الأول من طلقات ــ فقد علق على ماقاله صاحب الهداية مستدلا لرأى أبى حنيفة وأبى يوسف : « ولهما قوله عليه السلام : « لعن الله المحال ، والمحال له » سماه الرسول ص محللا وهو المثبت للحل . فقال الكمال بن الهمام معلقاً على هذا (... وفيه نظر إذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محللا ، ومفهومه لا يزيد على أنه مثبت لمجرد الحل ، وهو حاصل فى المتنازع فيه ، وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه ، وثبوته كذلك فى صورة الحرمة الغليظة ليس منه، بل باتفاق الحال ، وهو أنه محل ابتدأ فيه الحل لاستيفاء الزوج ما له من الطلقات قبله . وحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلاثا شرعا فظهر أن القول ما قاله محمد وباقى الأئمة الثلاثة . ولقد صدق قول صاحب الاسرار : ومسألة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهها ويصعب الخروج منها . وقد يستدل على المطلوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم : أتريدين أن تعودى إلى رفاعة؟ قالت : نعم، قال: لا، حتى تذوقى عسيلته ، فقد غيا عدم العود بالذوق فعنده ينتهى عدمه ويثبت هو .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٢٧ ، ١٢٨ — وفتح القدير ج ٣ ص ١٧٨ ، ١٧٩ — والهداية شرح بداية المجتهد فى أعلى فتح القدير ج ٣ ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

والعود هو الرجوع إلى الحالة الأولى. وهي ما يملك فيها الزوج ثلاث تطليقات. وليس بشيء لصدق حقيقته قبل الزوج الثاني لو قال بعد الطلقة ، والطلقتين بلا تخلل زوج : أتريدين أن تعودى إلى فلان صدق حقيقته ، وإن كان العود لا إلى ما يملك به ثلاثا ، فالحاصل أن العود إلى عين الحالة الأولى محال . فالمراد العودة إلى شبهها ، وذلك يصدق بمجرد النكاح والحل ؛ لانتفاء اشتراط عموم وجه التشبيه[1] .

صاحب العناية ينتصر لأبي حنيفة :

أما البابرتي فقد استدل بحديث « لعن الله المحلل والمحلل له » حيث سمى الرسول صلى الله عليه وسلم الزوج الثاني محللا . والمحلل هو المثبت للحل . ثم قال : « ثم الحل الذى يثبت به إما أن يكون الحل السابق ،أو حلا جديداً... لا سبيل إلى الأول؛ لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثاني . وبالضرورة يكون غير الأول . والأول حل ناقص. وكان الجديد كاملا. وهو ما يكون بالطلقات الثلاث . فإن قيل : سلمنا أن المحلل هو المثبت للحل، وأن يكون ذلك حلا جديداً ، لكنه يقتضى أن يكون ذلك فى المطلقة ثلاثا لأمرين : أحدهما ما ذكره المصنف : أن محله هو شرط التحليل . وذلك لا يكون إلا فى المطلقة ثلاثا . والثاني : أن الحل قبل ذلك ثابت فيصرف إلى ماليس بثابت عملا بالحقيقة . فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله : « وهو محله » معنيين ؛ أحدهما: ماذكرت، وليس بمرضى. والثاني أن محله الكراهة لا الفساد، وحيث يندفع الأمر الأول فإن الحل وإن كان قبل ذلك ثابتا ، لكن إطلاق المحلل يقتضى أن يكون الزوج الثاني على الإطلاق محللا فصرفه إلى بعض الصور تقييد بلا دليل ، والثابت به غير الثابت قبله على ماذكرناه ، فكانت المطلقة

---

(١) راجع فتح القدير والعناية على هامشه والهداية فى الجزء الثالث ص ١٨٠ وما بعدها .

ثلاثا وغيرها سواء . وبه يندفع الأمر الثانى : — هذا وقد علق سعد جلبى على قول العناية ؛ فقال : « قوله : فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو محله الخ أقول : وكان يمكن له أن يجيب بأن شرط الحل متمش فى غير المطلقة ثلاثا، فإنا نقول يثبت بالزوج الثانى الحل الجديد للزوج الأول فيملكها بثلاث تطليقات[1] .

والخلاصة :

ويظهر من أقوال فقهاء الحنفية وبخاصة صاحب الهداية ، وصاحب العناية وغيرهما ترجيح رأى أبى حنيفة وأبى يوسف القائل بأن الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث .

المذهب المالكى

الزوج الثانى لا يهدم إلا الثلاث

يؤخذ من الفروع التى ذكرها فقهاء المالكية أن الزوج الثانى لا يهدم ما تبقى من العصمة الأولى فقالوا : لو إن رجلا شك فى كم طلقة صدرت منه على مطلقته : هل طلقها واحدة، أو اثنتين، أو ثلاثا، فلا تحل له إلا بعد زوج آخر، وصدق إن ذكر الذى صدر منه أقل من الثلاث . ثم إن تزوجها بعد زوج وطلقها طلقة أو اثنتين فكذلك لا تحل له إلا بعد زوج آخر ؛ لأنه إذا طلقها واحدة ، يحتمل أن يكون المشكوك فيه اثنتين وهذه ثالثة . ثم إن تزوجها وطلقها ، لا تحل له إلا بعد زوج لاحتمال المشكوك فيه واحدة وهاتان ثنتان محققتان . ثم إن طلقها ثالثة بعد زوج ، لم تحل له إلا بعد زوج لاحتمال كون المشكوك فيه ثلاثا ، وهكذا لغير نهاية إلا أن يثبت طلاقها كأن يقول : أنت طالق ثلاثا . أو إن لم يكن طلاقى عليك ثلاثا

(١) المصدر السابق .

فقد أوقعت عليك تكملة الثلاث، فينقطع الدور، وتحل له بعد زوج، وتسمى هذه المسئلة الدولابية : لدوران الشك فيها — ويقول الدسوقى فى حاشيته خاصا بهذا الموضوع «... فإذا تزوجها وطلقها رابعا فلا تحل له الابعد زوج؛ لاحتمال أن يكون المشكوك فيه ابتداء اثنين فواحدة مع الأربع تمام العصمة الأولى . والباقى عصمة ثانية قد تمت ... »(١)

المذهب الشافعى

الزوج الثانى لا يهدم مادون الثلاث

يرى الشافعيه أن الرجل إذا طلق زوجته دون الثلاث ثم عادت إليه تعود بما بقى له من الثلاث أما عودتها إليه بأن راجعها أو تزوجها قبل أن تتزوج بآخر فهذا محل اتفاق الفقهاء إما إذا عادت إليه بعد زواجها بآخر زواجا صحيحا وتذوقها عسليته فقد احتج له الشافعية بأن إصابة الزوج الثانى لها إصابة ليست بشرط فى الإباحة، فلم تؤثر، كوطء السيد أمته المطلقة(٢).

قال صاحب المنهاج : ولو طلق الزوج الحر دون ثلاث وراجع، أو جدد ولو بعد نكاح زوج، عادت ببقية الثلاث(٣) .

وقال شيخ الإسلام والمسلمين زكريا الأنصارى الشافعى فى كتابه اسنى المطالب : « ومن تزوج مطلقته قبل استكمال الثلاث ولو بعد زوج آخر عادت إليه بما بقى منها . دخل بها الزوج أم لا ؛ لأن ما وقع من الطلاق لم يحوج إلى زوج آخر فالنكاح الثانى والدخول فيه لا يهدمانه كوطء السيد أمته المطلقة . أما بعد استكمالها فتعود إليه بالثلاث ؛ لأن

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٤٠٣ .

(٢) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٩٣ .

(٣) اسنى المطالب شرح روض الطالب ج٣ ص ٢٨٦ .

دخول الثانى بها أفاد حلها للأول ، ولا يمكن بناء العقد الثانى على الأول لاستغراقه فكان نكاحا مفتتحا بأحكامه » .

دليل آخر للشافعية

وقد استدل الشافعية على أن الزوج الثانى لا يهدم مادون الثلاث بقوله تعالى : « الطلاق مرتان » إلى قوله : « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » .

وجه الاستدلال

قال الشافعيه : إن النص المذكور لم يفرق بين أن تتزوح قبل الثانية ، وبين ألا تتزوج ، وإذا تزوجت فقد يدخل بها الزوج وقد لا يدخل ، فدخلت هذه الأحوال كلها تحت مقتضى الدليل المذكور[١] .

المذهب الحنبلى

الراجح أن الزوج الثانى لا يهدم مادون الثلاث

الرأى الراجح عند الحنابلة أنهم — كالمالكية ، والشافعية ، ومحمد ابن الحسن وزفر من الحنفية — يرون أن الزوج الثانى لا يهدم الا الطلاق الثلاث . فإذا طلق الرجل زوجته أقل من الثلاث ، فقضت العدة ، ثم تزوجت غيره ، ثم أصابها ، ثم طلقها ، أومات عنها ، وقضت العدة ، ثم تزوجها الأول فهى عنده على ما بقى من الثلاث . قال صاحب المغنى[١] : « وهناك رواية أخرى عن أحمد أن الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث كما يهدم الثلاث ، وجملة ذلك : أن المطلق إذا بانت منه زوجته ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة احوال : أحدها : أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول ، فهذه ترجع إليه على ثلاث بأجماع اهل العلم ، قاله ابن المنذر . والثانى : أن يطلقها

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ٧ ص ٤٤٤ تصحيح الشيخ خليل هراس وطبع مطبعة الامام بالمنشية

دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة ، او نكاح جديد قبل زوج ثان ، فهذه ترجع اليه على مابقي من طلاقها بغير خلاف نعلمه ، والثالث : طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ، ثم تزوجها الأول فعن احمد روايتان : احداهما : ترجع إليه على مابقي من طلاقها . وهذا قول الأكابر من اصحاب رسول الله صلى عليه وسلم : عمر ، وعلى ، ومعاذ ، وعمران ابن حصين، وابى هريرة . وروى ذلك عن زيد، وعبدالله بن عمرو بن العاص وبه قال سعيد بن المسيب ، وعبيدة، والحسن، ومالك، وابن ابى ليلى، والشافعى وابو ذر ومحمد بن الحسن، وابن المنذر والرواية الثانية عن احمد انها ترجع اليه على طلاق ثلاث وهذا قول ابن عمر، وابن عباس، وعطاء، والنخعى، وشريح ، وابى حنيفة ، وابى يوسف ؛ لأن وطء الزوج الثانى مثبت حلا يتسع لثلاث تطليقات كما بعد الثلاث ، لأن الوطء الثانى يهدم الطلقات الثلاث ، فأولى ان يهدم ما دونها .

دليل الرأى الراجح

قال الحنابلة ان وطء الثانى لا يحتاج إليه فى الإحلال للزوج الأول، فلا يغير حكم الطلاق ؛ كوطء السيد . ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثانى .

رد أدلة المعارضين

ورد الحنابلة أدلة من قال بأن المرأة بعد زواجها بآخر إذا طلقت وعادت للزوج الأول تعود إليه بثلاث طلقات؛ فقالوا: القول بأن وطء الزوج الثانى يثبت الحل لا يصح لوجهين .

أحدهما : منع كونه مثبتا للحل أصلا ، وإنما هو فى الطلاق الثلاث غاية للتحريم بدليل قوله تعالى : « فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » وحتى للغاية . اما تسمية النبي صلى الله عليه وسلم الرجل الذى يتزوج المرأة

ـ قصد الحيلة فى تحلها لزوجها الأول ـ محللا فهذا من قبيل التجوز لا الحقيقة بدليل أنه لعنه ، ومن أثبت حلا لا يستحق لعنا .

الوجه الثانى : أن الحل إنما يثبت فى محل فيه تحريم . وهى المطلقة ثلاثا وهمنا هى حلال له فلا يثبت فيها حل . والقول بأن الزوج الثانى يهدم الطلقات الثلاث وتعود للأول بملك كامل جديد، فمن باب أولى يهدم مادون الثلاث، فالجواب ان الزوج الثانى هو غاية للتحريم الثابت بالطلاق الثلاث وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له[1] .

المذهب الظاهرى

الزوج الثانى لا يهدم مادون الثلاث

يرى الظاهرية رأى المالكية والشافعية والراجح من مذهب الحنابلة، فهم يقولون بأن الزوج الثانى لا يهدم ما بقى للأول من طلاق دون الثلاث.

دليل الظاهرية

وقد استعرض ابن حزم أقوال الأئمة فى هذا الموضوع ورد على القول المخالف له؛ فقال: لقد نظرنا فيما احتج به أهل هذه المقالة (يقصد ابن حزم رأى أبى حنيفة من أن النكاح الذى يتم بعد زواجها بآخر هو نكاح جديد، وطلاق جديد) فلم نجد لهم أكثر من أن قالوا : إننا لم نختلف فى أن نكاح زوج آخر يهدم الثلاث . ولا شك فى أنه إذا هدمها فإنه قد هدم الواحد من جملتها، والاثنين جملتها، ومن المحال أن يهدمها مجموعة ولا يهدمها متفرقة . قال أبو محمد : فقلنا : لم يهدم قط طلاقا إنما هو التحريم الواقع بتمام الثلاث مفرقة أو مجموعة فقط. ولا تحرم بالطلقتين، ولا بالواحدة حتى يهدمه. وقلنا لهم ! أنتم قد حملتم العاقلة نصف عشر الدية فأكثر ، ولم تحملوها أقل من

---

(١) المصدر السابق .

نصف العشر . ولا شك فى أنها إذا حملت نصف العشر فقد حملت فى جملته أقل منه . فقالوا إنما حملناها ما ثقل فقلنا لكم بأن نصف العشر فصاعدا هو الثقل دون أن يكون الثلث هو الثقل أو الكل ، وأيضا فرب جان يعظم عليه ويثقل ربع عشر الدية لقلة ماله وآخر تخف عليه الدية كلها لكثرة ماله . ثم السؤال باق عليكم إذا حملتموها ما ثقل فالأولى أن تحملوها ما خف ، وكل هذا لا معنى له . إنما الحجة فى ذلك قول الله تعالى : « فإن طلقها » يعنى فى الثالثة (فلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلايجوز تعدى حدود الله تعالى . والقياس كله باطل(١) .

الشيعة الإمامية

للشيعة الإماميه قولان فى مسألة هدم الزوج الثانى ماتبقى للأول من طلاق ـ هما :

أولا : الرأى الراجح

إن الزوج الثانى يهدم مادون الثلاث من طلقات كما يهدم الثلاث. وهذا موافق لراى أبى حنيفة وأبى يوسف .

الرأى الثانى

إن الزوج الثانى لايهدم مادون الثلاث؛ قال صاحب المختصر النافع(٢): « المقصد الثانى : فى المحلل :

ويعتبر فيه البلوغ والوطء فى القبل بالعقد الصحيح القديم . وهل يهدم مادون الثلاث ؟ فيه روايتان اشهرهما أنه يهدم » .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٥٠ ، ٢٥١ مسألة رقم ١٩٨٥ .

(١) المختصر النافع للحلى ص ١٩٩ .

تفويض الطلاق

جعل الشارع الطلاق بيد الرجل فهو حق من حقوقه ، وله أن يستعمله بنفسه أو يعهد إلى آخر به . وذلك بطريق التوكيل ، أو التفويض : فالتوكيل فى الطلاق ان ينيب الزوج غيره فى تطليق امرأته ، بأن يقول له : وكلتك أن تطلق امرأتى .

أما التفويض فهو تمليك الزوج غيره تطليق امرأته ، سواء أكان الغير هو الزوجة نفسها بأن يملكها تطليق نفسها ، أو أى أحد غيرها . وتفصيل هذا الموضوع عند الفقهاء فيما يلى : —

المذهب الحنفى

مباشرة الطلاق

قال الكاسانى : « ويستوى فيما ذكرنا من الصريح ، والكناية ، والرجعى ، والبائن ، أن يكون ذلك بمباشرة الزوج بنفسه ، بطريق الأصالة ، أو بغيره بإذنه ، أو أمره ، وذلك نوعان : توكيل ، وتفويض . أما التفويض فنحو قول الرجل لامرأته : أمرك بيدك ، وقوله : اختارى ، وقوله : أنت طالق إن شئت ، وما يجرى مجراه . وقوله : طلق نفسك[1] » .

الفرق بين التوكيل والتفويض

ويفرق الحنفية بين التوكيل والتفويض من وجوه ؛ منها :

(١) أن الوكيل يعمل بمشيئة غيره — وهو الموكل — وعلى حسب هذه المشيئة والمفوض يعمل بمشيئة نفسه وعلى حسب ما يختار . ولهذا فالوكيل مكلف أن يفعل ما وكل به ، وليس له خيار فى أن يفعل ، وألا يفعل ، بعد

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١١٢ ، ١١٣ وفتح القدير ج ٣ ص ١١٤ ، ١١٥ .

قبوله الوكالة ، إلا أن يعزل نفسه منها . فإذا كان وكيلا فى الطلاق فلا يكون ممتثلا إلا إذا طلق .

أما المفوض فانه يملك بالتفويض ما فوض فيه ؛ فيرجع ذلك إلى مشيئته. وله الخيار ؛ إن شاء فعله ، وإن شاء لم يفعله ؛ فاذا فوض إليه الطلاق فهو إلى مشيئته ، وليس محتما عليه أن يطلق . وقال فقهاء الحنفية : لو أن الرجل قال لزوجته : أمرك بيدك إذا شئت ، أو إذا ما شئت ، أو متى شئت ، أو حينما شئت ، فلها الخيار فى المجلس وغير المجلس ، ولا يتقيد بالمجلس . حتى لو ردت الأمر لم يكن ردا ، ولو قامت من مجلسها وأخذت فى عمل آخر فلها أن تطلق نفسها[1] .

وعلل الحنفية بعدم إلزام المفوض له بالطلاق بأن يطلق فقالوا : « وأما من جانب المرأة فانه غير لازم ؛ لأنه لما جعل الأمر بيدها فقد خيرها بين اختيارها نفسها فى التطليق ، وبين اختيارها زوجها ، والتخيير ينافى اللزوم .

(٢) التوكيل لابد فيه من قبول الوكيل . أما التفويض فلا يتوقف على القبول ، بل يتم بمجرد عبارة الأصيل ، وهو الزوج فى حالة التفويض بالطلاق[2] .

(٣) أن من وكل غيره بتطليق امرأته يستطيع الرجوع فى ذلك التوكيل ويلغيه، هذا مادام الوكيل لم ينفذ ما كلف به . أما من فوض إلى غيره تطليق امرأته ، أو فوض إليها تطليق نفسها، فلا يستطيع الرجوع عن تفويضه؛ لأن تفويض الطلاق فى معنى إنشاء طلاق معلق على إرادة المفوض ، واختياره ، وتعليق الطلاق كتنجيزه ، لا يمكن الرجوع فيه .

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ ٣ ص ١١٥ ، ١١٦ ، ١٢٢ .

تعليل الحنفية لذلك

قال صاحب البدائع في بيان تفويض المرأة في تطليق نفسها - بقوله لها: أمرك بيدك - : «وأما بيان صفته فهو أنه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع عنه . ولا نهي المرأة عما جعل إليها . ولا فسخ ذلك ؛ لأنه ملكها الطلاق ، ومن ملك غيره شيئاً فقد زالت ولايته من الملك ، فلا يملك إبطاله بالرجوع ، والنهي ، والفسخ ، بخلاف البيع ، فان الإيجاب من البائع ليس بتمليك ، بل هو أحد ركني البيع فاحتمل الرجوع عنه . ولأن الطلاق بعد وجوده لا يحتمل الرجوع والفسخ ، فكذا بعد إيجابه ، بخلاف البيع فانه يحتمل الفسخ بعد تمامه ، فيحتمل الفسخ ، والرجوع ، بعد إيجابه أيضاً ، ولأن هذا النوع من التمليك فيه معنى التعليق ، فلا يحتمل الرجوع عنه . والفسخ كسائر التعليقات المطلقة ، بخلاف البيع فانه ليس فيه معنى التعليق رأساً» .

وقال الحنفية : إن الرجل الذي جعل لامرأته الحق في تطليق نفسها لو قام من مجلس التفويض لا يبطل قيامه ما حدث منه من تفويض . وعللوا لذلك بقولهم « إن منتهى ما يقال في قيامه أنه دليل الإبطال ؛ باعتباره دليل الإعراض . فاذا كان التفويض لم يبطل بصريح إبطاله فكيف يبطل بدليل الإبطال[1] ؟

(٣) التوكيل لا يتقيد بالمجلس ، فيصح للوكيل بالطلاق أن يطلق في مجلس التوكيل وبعده . أما التفويض فهو مقيد بالمجلس إلا أن يعين للتفويض وقتاً أوسع أو يكون عاماً في جميع الأوقات . فاذا فوض الزوج إلى زوجته طلاقها ، أو فوض إلى شخص آخر تطليقها فقامت الزوجة ، أو قام ذلك الشخص ، من المجلس قبل التطليق ، فانه يبطل التفويض إلا إذا كان التفويض عاماً في جميع الأوقات ، أو عين له وقتاً أوسع .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٣ ص ١١٢ ، ١١٣ ، ١٢٣ .

أقسام التفويض

ينقسم تفويض الطلاق إلى الغير إلى أقسام مختلفة باعتبارت متعددة . وبيانها فيما يلى :

أولا التفويض باعتبار صيغته

ينقسم تفويض الطلاق باعتبار صيغته إلى صريح ، وكناية .

الصريح

فالتفويض مثل أن يقول الزوج لزوجته : طلقى نفسك ، أو اختارى نفسك .

حكمه : والتفويض الصريح لا يحتاج الى نية ، ولا دلالة حال ، لأنه لا يحتمل معنى آخر غير تفويض الطلاق .

الكناية

أما الكناية فكأن يقول الرجل لزوجته : اختارى ، دون أن يذكر مع الكلمة لفظ : نفسك ، . ومثل أن يقول لها : أمرك بيدك ، فان هذا القول يحتمل التفويض ، فلا بد فيه من النية أو القرينة فاذا قال الرجل لامرأته : ، أمرك بيدك ، ونوى بذلك الطلاق ، أو كان الحال حينما قال لها ذلك حال غضب وخصومة بينهما ، أو حال مذاكرة الطلاق ، وعلمت المرأة بتفويض زوجها لها فى أن تطلق نفسها بأن كانت حاضرة وسمعت قوله ، أو غائبة وعلمت بهذا التفويض غير مقيد بزمن فطلقت نفسها وقع الطلاق . وكذلك يقع الطلاق إن كان التفويض مقيداً بوقت وعلمت فى شىء من الوقت . أما إذا علمت بعد مضى الوقت كله فلا يصير الأمر بيدها بهذا التفويض ؛ لأن التفويض المؤقت بوقت ينتهى عند

انتهاء الوقت، فلو صار الأمر بيدها بعد ذلك لصار من غير تفويضه، وهذا[1] لا يجوز .

أما اشتراط نية الزوج الطلاق بقوله لزوجته : «أمرك بيدك» وأمثاله فلأن هذه العبارة من كنايات الطلاق، فلا يصح التفويض فى هذه الحالة إلا بنية الطلاق ؛ لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بنفسه بهذا اللفظ من غير نية الطلاق ، فكيف يملك تفويضه إلى غيره من غير نية الطلاق . ولهذا لو قال الزوج : ما أردت بهذا القول تفويض الطلاق لها يصدق ، ولا يصير الأمر بيدها ، لأن هذا التصرف يحتمل الطلاق ويحتمل غيره ، إلا إذا كان الحال حال الغضب ، والخصومة ، أو حال مذاكرة الطلاق، فلا يصدق فى القضاء؛ لأن الحال تدل على إرادة الطلاق ظاهرا ، فلا يصدق فى العدول عن الظاهر . فإن ادعت المرأة أنه أراد به الطلاق ، أو ادعت أن ذلك كان فى حال الغضب ، أو فى حال ذكر الطلاق، وهو ينكر؛ فالقول قوله مع يمينه؛ لأنها تدعى عليه الطلاق ، وهو ينكر .

البينة على حالة التفويض

فإن أقامت البينة أن ذلك كان فى حال الغضب ، أو ذكر الطلاق قبلت بينتها ؛ لأن حال الغضب وذكر الطلاق يقف الشهود عليها ، ويتعلق علمهم بها ، فكانت شهادتهم عن علم بالمشهود به فتقبل[2] .

البينة على نيته الطلاق

لكنها لو أقامت البينة على أنه نوى الطلاق، لا تقبل بينتها، لأنه لا وقوف للشهود على النية ؛ لأنه أمر فى القلب ، فكانت هذه شهادة ، لا عن علم بالمشهود به فلم تقبل .

(١ ، ٢) المصدر السابق .

ثانيا ـ التفويض المشروط

كذلك ينقسم التفويض باعتبار مورده . إلى ما يكون مشروطا حالة العقد ، وما يكون بعده .

فالأول : أن تقول المرأة للرجل : زوجتك نفسى على أن يكون أمر الطلاق بيدى ، اطلق نفسى متى شئت ، فيقول لها الرجل : قبلت زواجك على ذلك ؛ فمع أن التفويض صدر فى حالة العقد لكن الايجاب قد صدر أولا من المرأة مع اشتراطها أن تملك طلاق نفسها . وهذا التمليك لا يحصل إلا بعبارة القبول من الرجل فيكون تمليك الطلاق بعد تمام العقد بالإيجاب والقبول .

أما إذا بدأ الرجل بالإيجاب مع اشتراط التفويض بأن قال لها زوجينى نفسك على أن يكون أمر طلاقك بيدك فقالت المرأة قبلت زواجى منك على ذلك الشرط فإن العقد يصح ويبطل شرط التفويض ؛ لأن الزوج فى هذه الحالة قد ملكها تطليق نفسها قبل أن يتم عقد الزواج ، فلا يصح هذا التمليك ؛ لأنه لم يكن يملك طلاقها حينئذ فكيف يستطيع تمليكها إياه .

الثانى : أن يفوض إليها أمر طلاقها بعد تمام العقد بناء على طلبها أو من غير طلبها .

ثالثا : التفويض المطلق والمقيد

وينقسم التفويض أيضا باعتبار زمنه ثلاثة أقسام : مطلق عن التقييد بزمن ، ومقيد بزمن خاص ، وعام فى جميع الازمان . ولكل حالة من الحالات السابقة حكمها الخاص بها .

المطلق عن الزمن

التفويض المطلق عن الزمن كأن يقول الزوج [illegible] : « أمرك بيدك » أو « طلق نفسك » ، ولا يزيد على ذلك .

حكمه : وحكم هذا النوع من التفويض أن المرأة تملك به تطليق نفسها مادامت فى المجلس لم تبرح عنه ، ولم تأخذ فى عمل يدل الانصراف إليه على الإعراض عن موضوع التفويض. فإذا قامت من المجلس ، أو انصرفت إلى عمل آخر، وهى فى المجلس ، قبل أن تطلق نفسها ، فقد بطل التفويض ، ولا تملك بعد ذلك الطلاق .

والحكم كذلك إذا كان تفويض طـــلاقها إلى شخص آخر ؛ فإن التفويض يتقيد بمحله .

قال الكاسانى : جعل الأمر باليد لايخلو إما أن يكون منجزا ، وإما أن يكون معلقا بشرط ، وإما أن يكون مضافا إلى وقت . والمنجز لا يخلو إما أن يكون مطلقا، وإما أن يكون مؤقتا، فإن كان مطلقا بأن قال : أمرك بيدك، فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس، وهو مجلس علمها بالتفويض، فما دامت فى مجلسها فالأمر بيدها ؛ لأن جعل الأمر بيدها تمليك الطلاق منها ؛ لأنه جعل أمرها فى الطلاق بيدها، تتصرف فيه برأيها وتدبيرها كيف شاءت ، بمشيئة الإيثار . وهذا معنى قول المالكية: وهو التصرف عن مشيئة الإيثار. والزوج يملك التطليق بنفسه فيملك تمليكه من غيره ، فصارت مالكة للطلاق ، بتمليك الزوج . وجواب التمليك مقيد بالمجلس ؛ لأن الزوج يملك الخطاب ، وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه فى المجلس فيتقيد جواب التمليك بالمجلس ، كما فى قبول البيع وغيره . وسواء قصر المجلس ، أو طال ؛ لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة ؛ لأن اعتبار المجلس للحاجة إلى التأمل ، والتفكر ، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، والأحوال ، والأوقات . ولا ضابط له إلا المجلس ؛ فقدر بالمجلس . ولهذا جعله الصحابة رضى الله عنهم للمخيرة فيبقى الأمر فى يدها مابقى المجلس . فإن قامت عن مجلسها بطل ؛ لأن الزوج يطلب جواب التمليك فى المجلس والقيام عن المجلس دليل الإعراض عن جواب التمليك فكان ردا للتمليك

دلالة ؛ ولأن المالك لما طلب الجواب فى المجلس ، لا يملك الجواب فى غير المجلس ؛ لأنه ماملكها فى غيره . وقد اختلف المجلس بالقيام ، فلم يكن فى بقاء الأمر فائدة فيبطل . وكذلك إذا وجد منها قول ، أو فعل ، يدل على إعراضها عن الجواب بأن دعت بطعام لتأكل ، أو أمرت وكيلها بشىء ، أو خاطبت إنسانا ببيع أو شراء ،أو كانت قائمة فركبت ، أو راكبة فانتقلت إلى دابة أخرى ، أو واقفة فسارت، أو امتشطت ، أو اغتسلت ، أومكنت زوجها حتى وطئها ، أو اشتغلت بالنوم ؛ لأن هذا كله دليل الإعراض عن الجواب(١) .

التفويض العام والمقيد بزمن

التفويض إما مقيد بزمن خاص ، أو يكون عاما فى جميع الأزمان .

ا — المقيد بزمن خاص

والمقيد بزمن خاص كأن يقول الزوج للمرأة : « أمرك بيدك مدة شهر » أو « سنة » .

حكمه : تملك به المرأة تطليق نفسها فى هذه المدة المعينة ، وينتهى التفويض بانتهائها .

ب — العام فى جميع الأزمان

والعام فى جميع الأزمان كأن يقول لها: « أمرك بيدك دائما » أو « طلقى نفسك متى شئت » .

حكمه : وحكمه أن المرأة بهذا التفويض تملك تطليق نفسها فى أى وقت تشاء مرة واحدة ، ولا تملك الزيادة عليها إلا إذا كان فى عبارة التفويض ما يدل على التكرار ؛ مثل أن يقول لها : « طلقى نفسك كلما شئت » ، فإنها

(١) بدائع الصنائع ...

فى هذه الحالة تستطيع أن تطلق نفسها عدة مرات بحيث لا تزيد فى كل مرة على طلقة واحدة .

تطليقها نفسها ثلاثا

لكنها فى حالة التفويض بعبارة تدل على التكرار — وطلق نفسك كلما شئت » — لو طلقت نفسها ثلاث طلقات فى ثلاث مرات ، ثم تزوجت آخر وعادت إلى الزوج الأول فلا تملك تطليق نفسها حينئذ؛ لأنها تعود إليه بملك جديد ، وحل جديد ، لا يبقى معه أثر للتفويض الذى كان فى الملك الأول . أما إذا طلقت نفسها مرة أو مرتين فتزوجت بزوج آخر ، ثم عادت إلى الأول ، ففى هذه المسألة خلاف بين أئمة المذهب وضحناه تفصيلا عند الكلام على مسألة هدم الزوج الثانى ما تبقى للزوج الأول من طلاق ثلاث أو دون الثلاث ، وقلنا إن أبا حنيفة : وأبا يوسف يريان أن الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث فتعود الزوجة إلى زوجها الأول بحلل وملك جديدين كاملين ، فتستطيع المفوضة فى الملك الأول أن تطلق نفسها ثلاث مرات أخرى فى الملك الثانى . اما عند محمد فالزوج الثانى لا يهدم ما دون الثلاث ، فتعود المرأة إلى الزوج الأول بما بقى له من الطلقات الأولى لا غير فلا تستطيع المفوضة أن تطلق نفسها إلا بقدر هذا الباقى . وقد أبان ذلك كله الكاسانى فقال : «وأما بيان صفة الحكم الثابت بالتفويض ، فمن صفته أنه غير لازم فى حق المرأة ، حتى تملك رده صريحا ، أو دلالة ؛ لما ذكرنا أن جعل الأمر بيدها تخيير لها بين أن تختار نفسها ، وبين أن تختار زوجها ، والتخيير ينافى اللزوم . ومن صفته أنه إذا خرج الامر من يدها لا يعود الأمر إلى يدها بذلك الجعل أبدا . وليس لها أن تختار إلا واحدة ؛ لأن قوله أمرك بيدك لا يقتضى التكرار إلا إذا قرن به ما يقتضى التكرار بأن قال ؛ أمرك بيدك

(١) جاء فى فتح القدير ج ٣ ص ١٢١ « ... فلو طلقت نفسها واحدة ، وانقضت عدتها تتزوجت بآخر ، وعادت إلى الأول ملكت ثلاث تطليقات أيضا خلافا لمحمد ، فإن عنده إنما تملك ثنتين ؛ لما عرف فى مسألة الهدم .

كلما شئت ، فيصير الأمر بيدها فى ذلك وغيره . ولها أن تطلق نفسها فى كل مجلس تطليقة واحدة حتى تبين بثلاث ؛ لأن كلمة كلما تقتضى تكرار الأفعال قال الله تعالى : « كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها » وقال : « كلما أوقدوا نارا للحرب أطفأها الله » فيقتضى تكرار التمليك عند تكرار المشيئة ، إلا أنها لا تملك أن تطلق نفسها فى كل مجلس إلا تطليقة واحدة ؛ لأنه يصير قائلا لها فى كل مجلس: أمرك بيدك، فإذا اختارت فقد انتهى موجب ذلك التمليك ، ثم يتجدد لها الملك بتمليك آخر فى مجلس آخر عند مشيئة أخرى إلى أن يستوفى ثلاث تطليقات. فإن بانت بثلاث تطليقات، ثم تزوجت بزوج آخر ،وعادت إلى الزوج الأول، فلا خيار لها ؛ لأنها إنما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج ، والزوج إنما ملكها ما كان يملك بنفسه ، وهو إنما كان يملك بنفسه طلقات ذلك الملك القائم لا طلقات ملك لم يوجد ، فما لا يملك بنفسه كيف يملكه غيره ؛ وإن بانت بواحدة أو اثنتين، ثم تزوجت بزوج آخر؟ ثم عادت، فلها أن تشاء الطلاق مرة بعد أخرى، حتى تستوفى الثلاث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ، خلافا لمحمد »[1] .

طلقى نفسك ثلاثا

لو قال الرجل لزوجته : « طلقى نفسك ثلاثا » فطلقت نفسها واحدة فتقع طلقة واحدة ؛ لأن الزوج ملكها الثلاث ، ومالك الثلاث إذا أوقع واحدة تقع، كالزوج . وهذا لأنه لما ملكها الثلاث فقد ملكها الواحدة ؛ لأنها بعض الثلاث ، وبعض المملوك يكون مملوكا .

طلقى نفسك واحدة

أما إذا قال الرجل لزوجته : « طلقى نفسك واحدة » فطلقت نفسها ثلاثا ، لم يقع شىء فى قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد: يقع واحدة .

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٢ ص ١١٦ ، ١١٧ .

وجه قول أبي حنيفة

لأبي حنيفة وجوه من الفقه ... أحدها : أنه لو وقعت الواحدة، إما أن تقع بطريق الأصالة مقصودا ، أو ضمنا ، أو ضرورة وقوع الثلاث . لا سبيل إلى الأول؛ لأنه لم يوجد إيقاع الواحدة بطريق الأصالة ؛ لانعدام لفظ الواحدة ، ووجود لفظ آخر . وكذا لم يوجد وقت وقوع الواحدة بطريق الأصالة؛ لأن ذلك عند قولها: نفسي، وسكوتها عليه، ووقت وقوعها مع الثلاث عند قولها . ثلاثا . ولا وجه للثاني ؛ لأنها لم تملك الثلاث ، فتعذر القول بالوقوع أصلا . بخلاف ما إذا قال لها : طلقي نفسك ثلاثا ، فطلقت نفسها واحدة ، لأنه هنا ملكها الثلاث ، فملكت إيقاع الثلاث ، ومالك إيقاع الثلاث يملك إيقاع الواحدة ؛ لأن بعض المملوك مملوك . وهاهنا بخلافه . وبخلاف ما إذا قال لها. طلقي نفسك واحدة . فقالت: طلقت نفسي واحدة، واحدة ، واحدة ؛ لأن ثم أوقعت الواحدة بطريق الأصالة؛ لوجود لفظ الواحدة وقت وقوعها بطريق الأصالة، فوقعت واحدة بطريق الأصالة ثم استقلت بغيرها، وهو غير مملوك لها، فلغا . وبخلاف ما إذا قال لها : طلقي نفسك فقالت : « قد أبنت نفسي » : لأن هناك قد أوقعت ما فوض إليها بطريق الأصالة ؛ لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق لغة إلا أنها زادت على القدر المفوض صفة البينونة فلغت ، وبقي أصل الطلاق . والثاني : أن المرأة بقولها : طلقت نفسي ثلاثا أعرضت عما فوض الزوج إليها فيبطل التفويض ، ويخرج الأمر من يدها كما إذا اشتغلت بأمر آخر أو قامت عن مجلسها . ودلالة أنها أعرضت عما فوض إليها أنه فوض إليها الواحدة ، وهي أتت بالثلاث . والواحدة من الثلاث إن لم تكن غير الثلاث ؛ ولأن ثلاث غير الواحدة ذاتا ، لأن الواحدة منها ، والشيء لا يكون غير نفسه لكنها غير الواحدة لفظا وحكما ووقتا . أما اللفظ ، فإن لفظ الواحدة غير

لفظ الثلاث ، وكذا حكمها غير حكم الثلاث . وأما الوقت : فإن وقت وقوع الواحدة . غير وقت وقوع الثلاث ؛ لأن الواحدة تقع عند قولها : طلقت نفسي ، والثلاث تقع عند قولها: ثلاثا ، لما ذكرنا فيما تقدم أن العدد وهو الواقع، على معنى أنه متى اقترن بذكر الطلاق ذكر عدد لا يقع الطلاق قبل ذكر العدد . ويقف أول الكلام على آخره فصارت المرأة باشتغالها بذكر الثلاث لفظا معرضة عن الواحدة لفظا ، وحكما، وقت وقوع الطلاق؛ لصيرورتها مشتغلة بغير ما ملكت ، تاركة للملوك ، والاشتغال بغير المملوك دليل الإعراض عما ملكت، والإعراض عما ملكت يوجب بطلان التمليك، وخروج الأمر عن يدها ، بخلاف ما إذا قال لها : طلق نفسك ثلاثا ، فطلقت نفسها واحدة، لأن هناك ما أعرضت عما فوض إليها ؛ لأنه فوض إليها الثلاث ، وتفويض الثلاث تفويض الواحدة ؛ لأن التفويض تمليك، وتمليك الثلاث تمليك الواحدة ؛ لأنها من أجزاء الثلاث ، وجزء المملوك مملوك ، فلم تصر باشتغالها بالواحدة مشتغلة بغير ما ملكت ، ولا تاركة للملوك ... فأما تمليك الجزء فلا يكون تمليك الكل فافترقا . والثالث — أن الزوج لم يملكها إلا الواحدة المنفردة وما أتت بالواحدة المنفردة ، فلم تأت بما ملكها الزوج ، فلا يقع شيء كما لو قال لها : « طلق نفسك » فاعتقت عبده . ولا شك أن الزوج لم يملكها إلا الواحدة المنفردة ؛ لأنه نص على التوحد ، والتوحد ينبئ عن التفرد في اللغة ، فكان المفوض إليها طلقة واحدة منفردة عن غيرها . وهي وإن اتت بالواحدة بإتيانها بالثلاث ، فما أتت بالواحدة المنفردة ؛ لأنها أتت بثلاث مجتمعة ، والثلاث المجتمعة لا يوجد فيها واحدة منفردة ؛ لما فيه من الاستحالة للتضاد بين الاجتماع والافتراق . فلم تأت بما فوض إليها ، فلا يقع شيء بخلاف ما إذا قال لها : طلق نفسك ثلاثا، فطلقت نفسها واحدة ، لأن هناك أتت بما فوض إليها، لكنها زادت عن القدر المفوض ؛ لأنه فوض إليها الثلاث مطلقا عن

صفة الاجتماع والافتراق . ألا ترى أنها لو طلقت نفسها ثلاثا متفرقة كما لو طلقت نفسها ثلاثا ، مجتمعة كانت ، أو منفردة . صارت كل واحدة من الطلقات الثلاث مملوكة لها، منفردة كانت،أو مجتمعة. فإذا طلقت نفسها واحدة فقد أتت بالمملوك ضرورة،وهو الجواب عما إذا قال لها: طلقي نفسك واحدة فقالت: طلقت نفسي واحدة، واحدة، واحدة: فإنه يقع واحدة ؛ لأنها أتت بالمفوض وزيادة، فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة. وههنا ما أتت بالمفوض إليها أصلا ورأسا فهو الفرق .

وجه قول الصاحبين

أما وجه قول أبي يوسف ومحمد من أن الرجل لو قال لزوجته : طلقي نفسك واحدة، فطلقت نفسها ثلاثا — أنه يقع واحدة، فهو: أن المرأة أتت بما فوض الزوج إليها، وزادت على القدر المفوض، فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة ، كما لو قال لها : طلقي نفسك واحدة ، فقالت : طلقت نفسي واحدة واحدة. واحدة... أنه يقع واحدة وتلغو الزيادة... كذا هذا وكذا لو قال لها: طلقي نفسك واحدة ، فقالت : أبنت نفسي ، تقع واحدة رجعية . وتلغو صفة البينونة ،لما قلنا، فكذا هذا[1] .

خلاصة ما قيل في التفويض

ويمكن إجمال ما تقدم بخصوص تفويض الطلاق للغير فيما يأتي :

(١) أن التفويض تصرف من الزوج يتم بمجرد صدوره منه ، ولا يتوقف على قبول من الزوجة ، أو ممن فوض إليه أمر طلاقها .

(٢) التفويض تصرف لازم للزوج ، لا يملك الرجوع عنه ، ولا نهي الزوجة ، أو غيرها ممن فوض إليه ، عن تنفيذ مقتضاه ؛ لأن

---

(١) راجع بدائع الصنائع للكاساني جـ ٣ ص ١٢٣ — ١٢٥ وفتح القدير جـ ٣ من ص ١١٤ — ١٣٣ .

التفويض بمثابة إنشاء الطلاق معلق على إرادة المفوض إليه : وإنشاء الطلاق لا يمكن الرجوع فيه . وهذا بخلاف الإيجاب فى البيع ونحوه من كل عقد لا يفيد حكمه إلا بعد تمامه بالإيجاب، والقبول؛ فإن الموجب فى هذه العقود يملك الرجوع عن إيجابه قبل ورود القبول عليه .

(٣) ولأن التفويض لازم من قبل الزوج فلا يؤثر فى صحة التفويض ولزومه قيام الزوج من المجلس بعد التفويض ، وقبل تنفيذ مقتضاه ؛ فالتفويض لا يتقيد بمجلس الزوج ، وإنما يكون مرتبطا بمجلس الزوجة ، أو من فوض إليه غيرها . فما دامت فى المجلس لم تبرح عنه ولم يكن منها قول أو فعل يدل على الإعراض عن موضوع التفويض فإنه يكون لها أمر نفسها .

(٤) التفويض غير لازم بالنظر إلى الزوجة ومن فوض إليه طلاقها، فلكل منهما أن ينفذ مقتضاه وألا ينفذه، فللمرأة المفوض لها تطليق نفسها أن ترد هذا التفويض صريحا أو دلالة؛ لأن التفويض جعل الأمر بيدها فى اختيار نفسها أو أن تختار زوجها . والتخيير ينافى اللزوم .

(٥) للزوج الذى فوض زوجته فى تطليق نفسها ، أو أناب غيره عنه فى تطليقها حق استعمال حقه الأصلى فى الطلاق؛ لأن ذلك من أحكام الزواج وهو وإن ملك المفوض له حق التطليق فهو تمليك لا تزول معه زوجية المفوض فيبقى حقه الأصلى فى الطلاق .

(٦) ملكية المفوض له حق التطليق مقيدة بما وردت به عبارة التفويض من تعميم أو تخصيص ، أو إطلاق أو تقييد فى وقت الطلاق ، وعدده ، ومراته ، وكيفيته... من رجعى ، أو بائن .

فإن عبر فى التفويض بما يفيد عموم الأوقات يثبت للمفوض إليه ملك التطليق فى أى وقت شاء . وإن عبر بما يفيد عموم الافعال - مثل كلما - ثبت له ملك التطليق مرة بعد مرة حسب ما وضحناه سابقا . وإن خصص بوقت معين ثبت له

ملك التطليق فى ذلك الوقت . وان أطلق عن التخصيص والتعميم ثبت له ملك الطلاق مقتصرا على مجلسه . فان كان التفويض شفويا اقتصر على مجلس وقت التفويض ، وان لم يكن شفويا اقتصر على مجلس علمه به . ويكون الطلاق رجعياً ، أو بائناً ، واحدا أو أكثر ، فى مرة واحدة أو مرات ، على حسب ما يرد فى عبارة الزوج .

المذهب المالكى

تفويض الطلاق

قسم فقهاء المالكية الاستنابة على الطلاق إلى اربعة أقسام هى :

توكيل ، وإرسال ، وتمليك ، وتخيير . وبيان هذه الأقسام فيما يلى :

التوكيل

التوكيل على الطلاق : هوجعل الزوج إنشاءالطلاق بيد آخر نيابةعنه.

حكمه.

للوكيل حق إنشاء الطلاق نيابة عنموكله (الزوج). وللزوج منعالوكيل من الإتيان بما وكل به وعزله.وذلك إذا كانالوكيل لم يأت بما وكلبه، وهو الطلاق ، إلا إذا كان الوكيل الذى فوض له إنشاء الطلاق هو الزوجةوقد تعلق لهاحق بإيقاعه ، فلا يملك الزوج عزلها فى هذه الحالة قبل تصرفها منعا للضرر عنها . فمن قالزوجته : أن تزوجت عليكفقد وكلتك على طلاقك، أو طلاق التىأتزوجها عليك ، ثم تزوج عليها، فليس له عزلها : لتعلق حقها برفع ضرر الضرة عنها .

الرسالة : هى جعل الزوج إعلام زوجته بثبوت تطليقها لغيره .

التخيير

أما التخيير فقد حدده المالكية بأنه : جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثا

نصا ، أو حكما ، حقا لغيره . ومن صيغه اختارى ، أو اختارى نفسك ، واختارى أمرك . وكذلك كل لفظ يدل على أن الزوج فوض لزوجته البقاء على العصمة ، أو الذهاب عنها ، فهذا كله من قبيل التخيير . وروى أن من صيغ التخيير كذلك : «طلقى نفسك ثلاثا» .

التمليك

أما التمليك فهو جعل الزوج انشاء الطلاق حقا لغيره، راجحا فى الثلاث، يختص بها دونها بنيته . ومن صيغه : أمرك بيدك ، أو طلاقك بيدك . وكذا كل لفظ يدل على جعل الطلاق بيد الزوجة دون تخيير ، كطلقى نفسك ، وملكتك أمرك ، ووليتك أمرك ؛ قال الدسوقى فى حاشيته : « والحاصل أن كل لفظ دل على أن الزوج فوض لها البقاء على العصمة ، أو الذهاب عنها، فهو تخيير. وكل لفظ دل على جعل الطلاق بيدها، أو بيد غيرها، دون تخيير ، فهو صيغة تمليك[1] » .

وقال صاحب منح الجليل : « الفرق بين التوكيل وغيره : أن الوكيل يفعل على سبيل النيابة عن موكله ، والمملك والمخير يفعلان عن نفسهما لملكهما ما كان الزوج يملكه . والفرق بين التخيير والتمليك ، قيل : عرفى لا دخل للغة فيه . فقولهم فى المشهور : يناكر الزوج المملكة ، لا المخيرة، مبنى على عرف فينعكس الحكم بانعكاسه . وقيل : للغة فيه مدخل ؛ لأن التمليك إعطاء مالم يكن حاصلا . فالأصل بقاء ملك الزوج العصمة فلا يلزمه إلا ما اعترف بإعطائه. والتخيير لغة جعل الخيار بين شيئين للمخير (بالفتح) فمعنى تخيير الزوجة أنه خيرها بين بقائها على عصمته ، وذهابها عنها . وهذا إنما يكون فى المدخول بها بالطلاق الثلاث ، الذى لا يبقى للزوج عليها حكما. أفاده ابن عبد السلام ، والموضح . وقال القرافى. بعد ذكر اتفاق أبى حنيفة

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٠٦ .

والشافعي وأحمد رضى الله عنهم على أن التخيير كناية لا يلزم به شيء إلا بنيته، لاحتماله التخيير فى الطلاق وغيره. وإن أراد الطلاق احتمل الواحدة وغيرها. والأصل بقاء العصمة - مانصه : والصحيح الذى ظهر أن قول الأئمة الثلاثة هو مقتضى اللفظ لغة لامرية فى ذلك. وأن مالكا رضى الله عنه أفتى بالثلاث على عادة كانت فى زمانه أوجبت نقل اللفظ عن مسماه اللغوى إلى هذا المفهوم، فصار صريحا فيه. وهذا هو الذى يتجه. وهو سر الفرق بين التخيير والتمليك، غير أنه يلزم عليه بطلان هذا الحكم اليوم ووجوب الرجوع إلى اللغة ويكون كناية محضة. كما قال الأئمة الثلاثة لتغير العرف. والقاعدة، أن اللفظ متى كان الحكم فيه مبنيا على نقل عادى بطل ذلك الحكم عند بطلان تلك العادة وتغير إلى حكم آخر، إن شهدت له عادة أخرى. هذا هو الفقه اهـ[1].

وقال ابن شاس : « الفصل الثالث فى تفويض الطلاق إلى الزوجة : وللرجل أن يجعل إلى المرأة طلاقها، وذلك على وجهين : توكيل، وتمليك. ففى التوكيل له أن يرجع مالم تطلق نفسها. وفى التمليك ليس له ذلك[2].

وفى مواهب الجليل لشرح مختصر خليل : « لما كان إيقاع الطلاق ينقسم إلى قسمين إما بمباشرة الزوج، أو بتفويضه لغيره فى إيقاعه. ولما فرغ المصنف من الكلام على القسم الأول أتبعه بالكلام على الثانى، أعنى التفويض. وهو على ثلاثة أقسام : توكيل، وتمليك، وتخيير، لأن التفويض رد الأمر إلى الغير. يقال فوض الأمر إليه إذا رده إليه. والفرق بين التوكيل وغيره : أن الوكيل يفعل ذلك على سبيل النيابة عمن وكله، والمملك، والمخير إنما يفعلان ذلك عن نفسهما؛ لأنهما ملكا ما كان يملكه الزوج. وأما الفرق بين التخيير، والتمليك.

فقيل : أمر عرفى لا مشاركة للغة فيه؛ فقولهم فى المشهور - كما سيأتى -

---

(١) منح الجليل على مختصر خليل جـ ٢ ص ٢٨٤ للعلامة الشيخ محمد عليش.

(٢) التاج والإكليل على مختصر خليل للمواق جـ ٤ ص ٩١.

أن للزوج أن يناكر المملكة دون المخـيرة ، إنما هو أمر مستفاد من العرف . . . »[1] .

تعليق

ذكر صاحب مواهب الجليل اعتراضا على تقسيم النيابة فى الطلاق إلى أربعة أقسام حيث جعلت الرسالة داخلة فى النيابة فى الطلاق ثم رد على الاعتراض ؛ فقال : وفى جعله الرسالة داخلة فى النيابة فى الطلاق نظر ؛ لأنه ليس فيها إلا النيابة فى التبليغ لا فى إيقاع الطلاق ، إلا أن يريد بقوله: النيابة فيه ، ما هو أعم من النيابة فى إيقاعه أو تبليغه[2] .

لايملك الزوج الرجوع عن التخيير أو التمليك

قال ابن رشد: إن مذهب مالك إن الرجل إذا ملك أمرأته أمرها، أو خيرها، فليس له أن يرجع عن ذلك ، وحيل بينهما ، حتى تجيب، فإما أن تختار البقاء مع زوجها ، أو تختار نفسها ، بمعنى أن تطلق نفسها .

التفويض المقيد

التفويض إما مطلق عن الزمن وعن العدد كقول الرجل لزوجته : طلقى نفسك متى شئت، وإما مقيد بزمن، أو بعدد، أو بمكان، فمثال المقيد بزمن: كأن يقول لها : ملكتك طلاقك إلى شهر مثلا . والمقيد بعدد كأن يقول لها : طلقى نفسك واحدة ، أو طلقى نفسك ثلاثا .

حق الرجل فى الرجوع عن التفويض

أولا — التوكيل

قال ابن شاس : إن للرجل أن يرجع فى توكيله للغير بتطليق امرأته ، سواء كان الغير أجنبياً أو الزوجة . واستثنى من هذه الحالة ما إذا كان الوكيل

(١ ، ٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل جـ ٤ ص ٩١ ، ٩٢ .

قد أوقع الطلاق قبل رجوع الموكل فإنه يقع الطلاق ، وحالة ما إذا كان الوكيل هو الزوجة وتعلق بالتوكيل حق لها . أو تكون قد طلقت نفسها ، فإن الزوج لا يمكنه الرجوع .

ثانياً — التخيير والتمليك

قال ابن رشد : مذهب مالك أن الرجل إذا ملك امرأته أمرها ، أو خيرها ، فليس له أن يرجع عن ذلك . وحيل بينهما حتى تجيب — ووقفت إن كان التفويض مقيدا بزمن، ويتدخل الحاكم فى هذه الحالة، ويأمر الزوجة إما أن تجيب فورا باختيارها الطلاق وإيقاعه، أو باختيارها البقاء مع زوجها ، وردها ما ملكها وخيرها من الطلاق . وإما أن يسقط الحاكم حقها فيما ملكته من تطليق نفسها بمقتضى التخيير ، أو التمليك ؛ حتى لا تبقى الزوجية فى عصمة مشكوك فيها . قال ابن يونس : إن ملكها إلى أجل فلها أن تقضى مكانها ، قال مالك : وإن قال لها : « أمرك بيدك الى سنة » فإنها توقف ، متى علم بذلك — أى الحاكم — ولا تترك تحته (أى الزوج) وأمرها بيدها حتى توقف فتقضى أو ترد — أى تقضى بطلاقها من زوجها أو ترد ملكها وخيرها — وزاد ابن الحاجب فقال : أو يسقطه الحاكم — ومن المدونة أيضاً — : وإن قال لها : « إذا جاء غد فقد خيرتك » وقفت الآن فتقضى أو ترد . وان وطئها قبل غد فلا شىء بيدها .

التفويض المشروط

قد يكون التفويض مشروطاً للمرأة فى أصل العقد ، ففى المدونة إن شرط لها فى عقد النكاح أنه إن تزوج عليها فأمرها بيدها، فتزوج ، فقضت بالثلاث فلا مناكرة له ... بنى بها أو لم يبن[1] .

---

(١) مواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٩٠ . ومنح الجليل جـ٣ ص ٣ وحاشية الدسوقى جـ٣ ص ٤٠٨ وما بعدها .

حق الزوجة فيما فوضت فيه

قال المالكية : المملكة ، والمخيرة، إذا أجابت بجواب صريح فى الطلاق فإنه يعمل به . قال فى المتيطية : فإذا لفظ بالتمليك فلا تخلو المملكة من أن تجيب الطلاق فى واحدة ، أو فى البتات ، أو بلفظ يدل عليه ، أو بجواب يحتمل أن يريد به بعض الطلاق ، أو كله ، أو شيئاً غيره ، أو تسكت عنه . فأما إجابتها بصريح الطلاق الثلاث ، أو بلفظ يدل عليه مثل : أن تقول : قبلت نفسى ، أو اخترتها ، أو أبنتها ، أو حرمتها ، فينفذ عليه فإن سكت ، أو أنكره ولم يدع نية . ولاتحل له أبدا ، إلا بعد زوج ، ولا يلتفت إلى قولها أنها أرادت به واحدة. وأما إجابتها بلفظ يشكل فلا يدرى أرادت به الطلاق كله ، أو بعضه ، أو لم ترد به شيئاً فانها تسأل. وكذلك إن قالت ،وهى غير مدخول بها : خليت سبيلك.فإنها تسأل. كم أردت؟

حقها فى الصداق إذا طلقت نفسها

وقال فى المتيطية : إذا وقع طلاق المملكة قبل الدخول فلها النصف من صداقها بخلاف المعتقة تختار نفسها قبل البناء تلك لاصداق . والتخيير مثله .

حكم الطلاق بالتمليك

الطلاق بالتمليك إذا كان بعد البناء رجعى ، إلا أن يملكها الطلاق على مال فيكون بائناً كالخلع.وفى الشامل فى ذلك قولان. ونص فى أول التخيير، من المدونة على أن له الرجعة[١] .

حق المفوضة فى الرد

وقال المالكية إن للملكة،والمخيرة ،رد ما جعل لها من التمليك، والتخيير، صريحاً أوضمناً ؛ فمن الرد الصريح أن تقول لزوجها : رددت إليك ماجعلته

(١) مواهب الجليل للحطاب ، ج ٤ ص ٩٢ — والتاج والأكليل على هامشه ، ذات الجزء والصفحة .

لى ، أو لا أقبل ماجعلته لى - واعتبر المالكية أنه من قبيل رد التفويض أن تمكن الزوجة زوجها من وطئها طائعة . فلو لم تكن طائعة كانت على خيارها . وكذلك إذا كانت غير عالمة بالتفويض . فان ادعى على المالكة العلم فالقول قولها . وإن أعلمها بالتفويض فأمكنته من وطئها وادعت الجهل لم تعذر . فان اختلفا فى الإصابة ، فهو يدعيها ، وهى تنكرها ، فالقول قولها مع يمينها[1] .

مقدمات الوطء تسقط حق الزوجة

قال الحطاب : وفهم من التوضيح أنها إذا أمكنته من مقدمات الوطء سقط خيارها . وهو كذلك . قال اللخمى : قال أصبغ : وان رضيت بالخلوة ، وإرخاء الستور ، أو غلق الباب ، مما يمكن فيه الوطء ، فقد سقط مابيدها إذا زعم أنه أصاب ، وإن قبلها وقالت : أكرهنى ، أو اغتفلنى . وقال : أطاعت . كان القول قولها مع يمينها ، بخلاف الوطء ، فانه لا يكون الا على هيئة وصفة . وهذا كالحضرة يكون عن غفلة[2] .

خير زوجته أو ملكها ثم أبانها ثم تزوجها ثانياً

ولو خير الرجل زوجته ، أو ملكها الطلاق ، ثم طلقها بائنا . ثم تزوجها ثانياً ، يسقط ما بيدها من خيار أو تمليك ؛ لأن مضمون التزويج الرضا بالإصابة (الوطء) وبه يستحق الصداق . والرضا بذلك يسقط مابيدها . اذ لو رضيت بالإصابة قبل الطلاق لسقط ما بيدها وان لم يصب[3] .

يسقط الخيار المؤقت بانتهاء وقته

كما يسقط الخيار المؤقت بانتهاء وقتــه . هذا إذا لم يسقطه الحاكم ؛ ففى المدونة : إن قال : « اختارى اليوم كله » فمضى اليوم ولم تختر فلا خيار لها ؛

(١ ، ٢ ، ٣) المصدر السابق .

لقول مالك : إن خيرها فلم تختر حتى افترقا من مجلسهما فلا خيار لها ، فكذا ان مضى الوقت الذى جعل الخيار اليه[1] .

جواب المرأة الصريح يعمل به

قال ابن الحاجب : الصريح يعمل به فى رد التمليك قال فى المدونة : وطؤه إياها طوعا يزيل ما بيدها ، وإن ملك أمرها أجنبيا فخلى بينه ، وبينها . وأمكنه منها، زال ما بيده .

فعلها ما يشبه الجواب

وإن فعلت المرأة ما يشبه الجواب ؛ مثل أن تنتقل ، أو تنقل متاعها ، سئلت فإن قالت : لم أرد طلاقا صدقت .

الجواب غير الصريح فى الطلاق

وإن قالت المرأة : قد قبلت ، أو قالت : قبلت أمرى أو قد قال لها اختارى فقلت : اخترت ، أو اخترت أمرى . سئلت عن مرادها بهذا القول . فإن قالت:أردت به الطلاق، صدقت. وان قالت. أردت به طلاقا دون البتات ، لم يلزم . ولوقالت: أردت به طلاقا باتا، لزم، ولامناكرة له. لأن المذكور يحتمل الطلاق وعدمه ، فوجب سؤالها عن ارادتها بذلك .

مناكرة الرجل فيما أرادته الزوجة

أولا — سوى المالكية فى المرأة التى لم يبن بها الزوج ، بين المخيرة وبين المملكة حق تطليق نفسها ، من حيث اثبات الحق للزوج فى أن يناكرها اذا اختارت أوطلقت نفسها ثلاثا، فإذا ادعى الزوج أنه حينما خيرها ، أوملكها طلاقها : أنه لم يرد إلا طلقة واحدة، صدق؛ لأن الطلقة الواحدة تبينها ، ففى المدونة : وإن خيرها قبل البناء، فقالت: قداخترت نفسى ، أوطلقت نفسى ثلاثا ،

(١) راجع الحطاب جـ٤ ص ٩٢ ، والتاج لاكليل على هامشة ذات الجزء والصفحة .

أو قالت : قد خليت سبيلى ،تريد بذلك الثلاثة، فله أن يناكرها . فإن لم يرد بذلك إلا واحدة ، صدق ؛ لأن الواحدة تبينها ، والخيار والتمليك فيها سواء[1] .

ثانيا — إن لم تزد المخيره ، أو المملكة التى لم يبن بها عن طلقة واحدة ، فليس للزوج حق مناكرتها .

ثالثا — المملكة التى دخل بها ، والتى لم يدخل بها، سواء فى أن للرجل حق مناكرتها ان طلقت نفسها أكثر من واحدة. أما المخيرة التى دخل بها فإذا اختارت ثلاثا فهى ثلاث. وليس للزوج حق مناكرتها . قال ابن رشد : ذهب مالك إلى أن التمليك يفترق عن التخيير ، فأخذ فى التمليك بقول عبدالله ابن عمر: إذا ملك الرجل امرأته فالقضاء ماقضت، إلا أن ينكر عليها، فيقول: لم أرد إلا واحدة، فيحلف على ذلك، ويكون أملك بها، مادامت فى عدتها . فإذا قال : أمرك بيدك فقد جعل بيدها ما كان بيده من طلاقها . هذا ظاهر اللفظ، ويحتمل أنه يريد به واحدة، واثنتين ، أو ثلاثا . فإن كانت له نية فى ذلك قبلت مع يمينه ، وإن لم تكن له نية ، فالقضاء ماقضت به من واحدة، أو ثلاث . وذهب فى التخيير إلى أنه لا يكون إلا ثلاثا فى المدخول بها . فإن اختارت ثلاثا فهى ثلاث، وإن اختارت واحدة ، أو اثنتين، فلا يكون شىء ، وان كانت غير مدخول بها فحكمها حكم المملكة[2] .

شروط صحة المناكرة

والخلاصة أن الزوج ، الذى ملك زوجته تطليق نفسها ، الحق فى أن يناكرها فيما لو طلقت نفسها أكثر من واحدة . بالشروط الآتية :

---

(١) واجع مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٩٣ .

(٢) التاج والاكليل على هامش مواهب الجليل ج٤ ص ٩٣ ، ٩٤ .

١ — المبادرة بالمناكرة عقب تطليق المرأة نفسها ، قال ابن القاسم : من ملك امرأته ، فقضت بالبتة فلم يناكرها وادعى الجهل ، وأراد مناكرتها حين علم ، فليس له ذلك .

٢ — أن تكون للزوج نية محددة لعدد الطلقات التى ملكها لزوجته وقت التمليك كأن يقول لزوجته : أمرك بيدك ، وتكون نيته وقت هذا القول أنه يملكها طلقة مثلا . فالقول قوله مع يمينه . وإن لم تكن له نية ، فالقضاء ماقضت به ، قال مالك : من ملك زوجته قبل البناء ، أو بعده ، ولا نية له، فالقضاء ما قضت . وإلا أن تكون له نية حين ملكها فى كلامه الذى ملكها فيه، فله ذلك، ويحلف على ما نوى قال أصبغ: والنية ينتفع بها فى هذا ما نواه فى أول كلامه. وأما ماجرد من النية حين سمعها، أو بعد أن ملكها فلا ينتفع بها . ونص فى المدونة على أنه إذا قال لها : أمرك بيدك، أمرك بيدك، أمرك بيدك ، فطلقت ثلاثا سئل الزوج عما أراد . فإن نوى واحدة حلف وكانت واحدة ، وإن نوى الثلاث فهى الثلاث ، وإن لم تكن له نية ، فالقضاء ما قضت من واحدة فأكثر ، ولا مناكرة له . ونقل عن مالك رضى الله أنه قال : إذا ملكها ، فقالت له : كم ملكتنى ، فقال ا مرة ، ومرة ، ومرة، فإن قال : أردت واحدة حلف ، وصدق[1] .

وقت اليمين ومكانه

قال ابن المواز : ويحلف الزوج مكانه فى المدخول بها ؛ لأن له الرجعة مكانه . فإن لم يكن بنى فلا تلزمه الآن يمين ؛ لأنها قد بانت منه فإذا أراد نكاحها ، حلف على مانوى . ولا يحلف قبل ذلك؛ إذ لعله يتزوجها .

٣ — كون الصيغة لا تفيد التكرار

قال ابن الحاجب : من شروط المناكرة ألا يقول لها : كلما شئت فأمرك بيدك . فإن قال لها ذلك فلا مناكرة .

(١) مواهب الجليل [illegible] جـ ٤ ص ٩٤ والتاج والاكليل على هامشه .

٤ — عدم اشتراط التفويض في العقد

من شروط جواز المناكرة أن لا يكون قد اشترط في العقد تمليك المرأة حق تطليق نفسها . فإذا كان قد شرط لها ذلك على الزوج في العقد فلا مناكرة له . . دخل بها أم لا : ففي المدونة : إن شرط لها في عقد النكاح أنه إن تزوج عليها فأمرها بيدها، فتزوج عليها، فقضت بالثلاث، فلا مناكرة له . . بنى أو لم يبن . وعن ابن يونس انها لو قالت: اشهدوا، متى فعل زوجي ذلك ، فقد اخترت نفسي، فذلك يلزمه . قاله مالك : وهو أصوب .

٥ — كون المخيرة غير مدخول بها في التخيير المطلق

قال العلامة خليل : « ولا نكرة له إن دخل في تخيير مطلق . وان قالت : طلقت نفسي، سئلت بالمجلس وبعده . فإن أرادت الثلاث لزمت في التخيير، وناكر في التمليك، وان قالت واحدة بطل التخيير » ، ومن المدونة : من قال لامرأته بعد البناء : اختاري نفسك؛ فقالت قد اخترت ، فهي ثلاث، ولا مناكرة للزوج أما إن قال لها: اختاري في واحدة ، فقالت قد اخترت نفسي فقال الزوج . ما أردت الا واحدة ، فإنه يحلف وتلزمه واحدة ، وله الرجعة : لأن هذا تخيير مقيد بعدد معين . ويبطل خيارها في الحالة الأخيرة لو قيد خيارها بطلقتين فقضت بواحدة فقط. ولا يبطل إذا قضت بأكثر مما حدده لها ، إلا أنه لا يلزم الزوج ما زادته الزوجة من طلاق. قال بذلك ابن عسكر في الارشاد ، والتتائي في شرحه : بهذا اعمل. لكن لو كان التفويض بالاختيار مطلقا ، فقضت بأقل من الثلاث فإنه يبطل[1]. وقد لخص العلامة الحطاب هذا الموضوع فقال :

اختلف فيما يوجبه التخيير على ستة أقوال ؛ قال في التوضيح : أشهرها مذهب الكتاب أن اختيارها ثلاثا، ولا مناكرة للزوج، نوت المرأة الثلاث أم لا . وأن قضاءها بدون الثلاث لا حكم له ، ولا يقع شيء . ثم اختلفت

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ٩٥ .

هل ذلك مسقط لخيارها ؛ لعدولها عما جعل لها، وهو المشهور، أو...لا ، ولا يكون لها بعد ذلك أن تقضى بالثلاث ، وهو قول أشهب ؟ قال ابن المواز متمما للمشهور : مالم يتبين منه الرضا بما أوقعت ، فيلزم ذلك، وهل اللزوم فيما أوقعته من باب الطلاق بالنية أولا ؟ تردد .

توقف ، إذا علقت اختيارها على شرط

قال العلامة خليل : ووقفت إن اختارت بدخولها على ضرتها ، وقال الحطاب : هكذا فى المدونة ؛ لحق الله فى ابقاء العصمة على الشك .

رأى سحنون : وقال سحنون بسقوط حقها فى الاختيار ،لأنها أجابت بغير ما جعل لها . وقد اعترض على قوله هذا .

مدة التخيير والتمليك ومجلس التفويض

رأى مالك الأخير: الرأى الذى رجع إليه الامام مالك هو أن حق التخيير، والتمليك باقيان للزوجة المخيرة، والمملكة؛ فى التخيير والتمليك المطلق العارى عن التقييد بالزمان، (أو بالمكان)، بما يدل على الاطلاق، مالم يوقفها الحاكم، ويلزمها بإيقاع الطلاق ، أورد ذلك إلى الزوج. فإن لم تفعل اسقطت من يدها هذا الحق . وكذلك يسقط هذا الحق باسقاطها قولا أو فعلا ، كأن تمكنه طائعة من وطئها . وقد كان مالك يرى أن المخيرة إذا مكنت زوجها من وطئها وكذا المملكة إذا مكنت زوجها من وطئها بطل ما بيدها. وكان قوله، أولا ، انهما اذا افترقا من المجلس ؛ أو طال المجلس بهما حتى يرى أنهما قد تركا ذلك وخرجا من الكلام الذى كانا فيه إلى غيره بطل. أما التفويض بلفظ يقتضى عدم التقييد بزمن فلا يسقطه افتراقهما ، أو طول المجلس مالم توقف ؛ كما إذا قال لها : امرك بيدك متى شئت . واختلف إذا وطئها، هل يقطع وطؤها، خيارها؟.. بهذا قال ابن القاسم . ومذهب أصبغ لا يقطع خيارها .

رأى ابن القاسم

يرى ابن القاسم رأى مالك الأول وهو أن مدة الخيار، والتمليك، مرهونة

بمجلس التفويض ، فإذا افترقا من المجلس ، ومكنت زوجها من وطئها بطل الخيار والتمليك . قال ابن القاسم : قول مالك الأول أعجب إلى ، وبه آخذ ، وعليه جماعة الناس .

تعليق التفويض على شرط

إذا علق الزوج تخيير زوجته ، أو تمليكها طلاق نفسها، بشرط فلا يثبت هذا الحق للمرأة إلا إذا وجد الشرط سواء كان الشرط فعلا لها أم زمنا يمضى . أو فعلا لغيرها ، كتعليق الطلاق على شرط .

لا يشترط فى الخيار بلوغ الزوجة

قال المالكية باشتراط التمييز فى المرأة عند تنجيزها التخيير ، أو التمليك ، أو التوكيل : إذ ليس بلوغها شرطا فى اعتباره . فاذا اختارت الصغيرة نفسها لزم الطلاق ، لكن بشرط أن يكون التخيير صادرا من زوجها ، وهو بالغ .

اشتراط إطاقتها للوطء

اختلفت المالكية فى اشتراط إطاقة المرأة للوطء وقت اختيارها الطلاق فهناك رأى يقول لابد لصحة اختيارها لنفسها أو تطليقها لنفسها من التمييز ، وإطاقة الوطء . وهناك رأى آخر لا يشترط اطاقتها للوطء بل الشرط هو التمييز فقط . والمعتمد هو أن المدار على التمييز .. أطاقت الوطء أم لا ، فان لم تكن مميزة فلا يعتبر ما أوقعته ، وما جعل لها من التخيير والتمليك فهو ثابت لا يبطل ، فيستأنى بها حتى تميز أو توطأ[1]

مجلس العلم بالتفويض

إذا كانت الزوجة غائبة عن زوجها حين تخييرها أو تمليكها ، ويبلغها التخيير أو التمليك ، فقيل : لها حق الاختيار غير مقيد هذا الحق بمجلس التفويض ، قال اللخمى : اختلف إذا خيرها وهى غائبة ؛ فقيل : لها ذلك بعد المجلس ، وهو أحسن ؛ إذ ليس ثم من يجاوبه .

(١ ، ٢) الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ٤١٤ ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج٤ ص ٩٥ ، ٩٨ ومنح الجليل للشيخ عليش ج ٢ ص ٢٨٨ ، ٢٨٩ .

التفويض لغير الزوجة

من المدونة قال مالك : إذا ملكها أمرها ، أو ملك أمرها أجنبياً ، ثم بدا له فليس له ذلك والأمر إليهما. وقال الحطاب: قال الشارح في الوسط في شرح قول المصنف: وله التفويض لغيرها: وهل له عزل وكيله؟ قولان. قوله : وله التفويض لغيرها... هذا هو المشهور. وهو مذهب المدونة. وقال أصبغ: ليس له تفويض أمر امرأته لغيرها، ويرجع الأمر إليها، فإما قضت، أو ردت: وعلى الأول ؛ فهل للزوج عزل الوكيل إذا أراد ذلك ، وهو قول مالك في المبسوط ونحوه في المدونة، أو.. لا . ونحوه لعبد الملك ؟[1] .

إذا قارن التخيير والتمليك خلع

نقل عن مالك روايتان فيمن خير زوجته ، أو ملكها الطلاق، نظير مال أعطته له زوجته، فقد روى عنه ما يفيد أن له المناكرة فيما زادت على الثلاث، ونقلت عنه رواية ثانية : أنه لا مناكرة له، قال ابن رشد: اختلف قول مالك في الرجل يملك امرأته ، أو يخيرها على شيء تعطيه إياه ، فمرة رأى التخيير في ذلك جاريا على سنة لا تأثير لما أعطت من المال في شيء من ذلك ؛ لأنها إنما أعطته المال ، على أن يملكها أو يخيرها ؛ فإذا ملكها ، أو خيرها، وجب له المال ، وكان لها هي في ذلك سنة الخيار، والتمليك. وهو قوله في هذه الرواية؛ فإن خيرها فقضت بالثلاث لم يناكرها ، وإن قضت بدونها لم يكن لها شيء . وإن ملكها فقضت بما فوق الواحدة ، كان له أن يناكرها ، وتكون له الرجعة. ومرة رآها بما أعطته من المال في حكم المملكة والمخيرة قبل الدخول؛ لأنها تبين بالواحدة بسبب المال كما تبين المطلقة قبل الدخول بواحدة بسبب أنه لا عدة عليها ، فيكون له أن يناكرها في التخيير ، والتمليك إن قضت بما فوق الواحدة، وتكون طلقة بائنة . وعلى هذا القول يأتي قول ابن القاسم

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٩٨ .

فى رسم أوصى ، ورسم إن خرجت من سماع عيسى . وعليه قيل : إن من أعطته امرأته شيئاً على أن يطلقها ثلاثا ، فطلقها واحدة ، أنه لا حجة له فى ذلك إذ قد نالت بها مانالت بالثلاث ؛ إذ هى بائنة[1] .

المذهب الشافعى

تفويض الطلاق

حكم تفويض الطلاق للزوجة

قال الشافعية : إن تفويض الطلاق للزوجة جائز. والدليل على جوازه ثابت بالكتاب والسنة والإجماع :

الكتاب

فمن الكتاب قوله تعالى « ياأيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا ، وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة . فان الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما»[2].

وجه الاستدلال

واضح من النص القرآنى السابق أن الله سبحانه وتعالى طلب من النبى صلى الله عليه وسلم أن يخير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته . وهذا كاف فى الجواز ، إذ لا يطلب من الرسول أن يأتى بأمر محرم شرعا .

السنة

أما السنة فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم خير نساءه بين المقام معه وبين مفارقته لما نزل قوله تعالى : « ياأيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها ... الخ» فلو لم يمكن لاختيارهن الفرقة أثر لم يكن لتخييرهن معنى ؛ فان قيل : لا دليل فى ذلك ؛ لما صححوه من أنه لا يقع الطلاق باختيارهن

---

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب ج ٤ ص ٩٣ .

(٢) الآيتان ٢٧ و ٢٨ من سورة الاحزاب

الدنيا . بل لابد من إيقاعه بدليل : «فتعالين أمتعكن وأسرحكن» ، أجيب بأنه لما فوض إليهن سبب الفراق ، وهو اختيارهن للدنيا ، جاز أن يفوض إليهن المسبب الذى هو الفراق .

التفويض الصريح

قسم الشافعية تفويض الزوجة ، من حيث عبارته ، إلى صريح وكناية . ومثلوا للصريح بقول الرجل لزوجته : طلقى نفسك .

الكناية

أما الكناية فمثلوا له بقول رجل لزوجته : أبينى نفسك .

التفويض تمليك

فى الجديد أن التفويض تمليك للزوجة ، لا توكيل لها ، فى إيقاع الطلاق . وفى المذهب رأى يقول إنه من قبيل التوكيل لا التمليك .

شروط التفويض

ولأن الراجح هو إعطاء التفويض حكم التمليك ، فقد اشترط أصحاب هذا الرأى لصحة التفويض الشروط الآتية : —

١ — التكليف : بمعنى أن يكون التفويض صادرا من الزوج المكلف (وهو البالغ العاقل) ، وأن تكون الزوجة مكلفة (أى بالغة عاقلة) فلا يصح تفويض الصغيرة ، ولا المجنونة كسائر التمليكات .

٢ — أن يكون جواب الزوجة (قبولها) فور إيجاب الزوج ، ولا يضر الفاصل القصير إلا إذا اقترنت عبارة التفويض بما يفيد امتداد زمن الجواب من المرأة كأن يقول لها : طلقى نفسك متى شئت أو متى ، ماشئت . وهذا على الأصح — وقد علل الشافعية لاشتراطهم فورية جواب المرأة بقولهم : إن التطليق هنا جواب التمليك الصادر من الزوج فكان كقبوله . والقبول

لابد فيه من أن يكون فور الإيجاب — وتفريعا على هذا الرأى لو أخرت المرأة الجواب بقدر ما ينقطع به القبول عن الإيجاب، أو تخلل كلام أجنبي كثير بين تفويضه، وبين تطليقها، ثم طلقت نفسها، لم تطلق.

٣ — أن يكون التفويض بعبارة منجزة فلو قال رجل لزوجته: إذا جاء رمضان فطلقى نفسك، لغا هذا القول عند من يرى أن التفويض تمليك؛ لأن التمليك لا يصح تعليقه — كما لو قال ملكتك هذا العبد إذا جاء رأس الشهر — لكن يجوز هذا التفويض عند من يرى أن التفويض توكيل بالطلاق، لا تمليك.

٤ — إذا كان التفويض بالكناية فيشترط فيه نية الطلاق من الزوج والزوجة فإن لم ينويا أو نوى أحدهما فقط وطلقت المرأة نفسها فلا يقع الطلاق. لأنه إن لم ينو هو فلا تفويض وإن لم تنو هى فلا تطليق فالطلاق لا يقع بلفظ: أبينى نفسك وحده، دون النية. لكن لو كان التفويض صريحاً فكنت فى جوابها، كقوله لها: طلقى نفسك؛ فقالت أبنت نفسى، ونوت الطلاق، وقع الطلاق أو كان التفويض كناية ونوى الطلاق فصرحت بالطلاق بأن قالت: طلقت نفسى، وقع الطلاق.

مطابقة الجواب للإيجاب

لو قال لها: طلقى نفسك ثلاثا ونوى ثلاثا فقالت طلقت نفسى ونوتهن، وقد علمت نيته، أو وقع ذلك اتفاقا، فيقع ثلاث؛ لأن اللفظ يحتمل العدد وقد نوياه — وإذا نوى ثلاثا ولم تنو عددا وقعت واحدة وكذلك إذا لم ينويا عددا، وكذلك إذا نوى أحدهما فقط؛ لأن صريح الطلاق كناية فى العدد فلابد من النية. ولو قال لها: طلقى نفسك ثلاثا، فوحدت؛ بأن قالت طلقت نفسى واحدة، أو قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا تقع فى الصورتين طلقة واحدة؛ لأن فى الصورة الأولى ما أوقعته داخل فى لفوض إليها. أما فى الصورة الثانية: فلأن المفوض إليها واحدة والزائد غير مأذون فيه، فيقع ما تملكه.

تنبيهات

١ — يلاحظ أنه لو ملك الرجل زوجته أن تطلق نفسها ثلاثا وطلقت واحدة، ثم راجعها الزوج أو لم يراجعها، أن للمرأة أن تزيد الثنتين الباقيتين على الواحدة التى أوقعتها فوراً إذ لا فرق بين أن تطلق نفسها ثلاثا دفعة واحدة وبين أن تطلق نفسها واحدة، وواحدة، وواحدة. ولا يقدح تخلل الرجعة من الزوج.

٢ — فى التفويض الصريح والجواب الصريح إذا حدد الزوج عدد الطلقات التى فوضها وأجابت الزوجة بتطليق نفسها دون تحديد للعدد وقع العدد الذى ذكره الزوج فى عبارته؛ لأن قولها: جواب لكلامه، فهو كالمعاد فى الجواب، بخلاف ما إذا لم يتلفظ بالثلاث ونواها؛ لأن المنوى لا يمكن تقدير عوده فى الجواب؛ إذ التخاطب باللفظ لا بالنية.

٣ — لو طلقت نفسها عبثا، ونوت، فصادف التفويض، ولم يطل الفصل بينهما طلقت.

٣ — لو فوض طلاق زوجته إلى اثنين وطلق أحدهما طلقة، والآخر ثلاثا وقعت واحدة فقط.

٥ — لو قال لها: طلقى نفسك ثلاثا إن شئت، فطلقت واحدة، أو قال: طلقى نفسك واحدة إن شئت، فطلقت ثلاثا، طلقت واحدة كما لو لم يذكر المشيئة.

٦ — ولو قال لزوجته. طلقى نفسك إن شئت واحدة فطلقت ثلاثا أو عكسه لغا؛ لصيرورة المشيئة شرطاً فى أصل الطلاق. والمعنى طلقى إن اخترت الثلاث، فإذا اختارت غيرهن لم يوجد الشرط — بخلاف ما إذا أخر المشيئة عن العدد فإنها ترجع إلى تفويض المعنى. والمعنى: فوضت إليك أن تطلقى نفسك ثلاثا فإن شئت فافعلى ما فوضت إليك[1].

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٨٦، ٢٨٧.

المذهب الحنبلي

تفويض الطلاق

قال الحنابلة : جعل الشارع أمر الطلاق للزوج مخيراً فيه بين أن يطلق بنفسه، وبين أن يوكل فيه،وبين أن يفوضه إلى المرأة ، ويجعله إلى اختيارها بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم خير نساءه فاخترنه .

أقسام التفويض

وقسم الحنابلة التفويض باعتبار صيغته إلى صريح وكناية . وتفصيل ذلك فيما يلي : —

التفويض الصريح

وهو التفويض بعبارة لايحتاج فيها إيقاع المفوض له الطلاق إلى نية إيقاعه من المفوض،وهو الزوج أو دلالةحال، كقوله لزوجته: طلقي نفسك .

الكناية

أما الكناية فهي التفويض بما يحتاج إيقاع الطلاق به إلى نية من الزوج أو دلالة حال كما في سائر الكنايات كقول الزوج لزوجته : « أمرك بيدك » و « اختاري نفسك » .

أمرك بيدك توكيل، وله فسخه

إذا قال الرجل لزوجته : « أمرك بيدك » فلها أن تطلق نفسها في مجلس التفويض وبعده . مهما طال الزمن مالم يرجع عن هذا التفويض ، قولا ، أوعملا، بأن يطأها . كما يبطل هذا التفويض برد المرأة وروى ذلك عن علي رضي الله عنه، وبه قال الحكم ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال مالك ، والشافعي ، والأحناف : إن هذا التفويض مقصور على المجلس ، ولاطلاق لها بعد مفارقته؛لأنه تخيير لها فكان مقصوراً على المجلس، كقوله: اختاري . وأيضاً فهذه العبارة بمثابة تمليك الرجل لزوجته عصمتها التي يملكها، فلم يملك الرجوع ؛ كما لو طلقت نفسها فور قوله لها : « أمرك بيدك » .

دليل الحنابلة

استدل الحنابلة لرأيهم بالإجماع والمعقول فقالوا :

الإجماع

أما الإجماع فما روى من قول على رضى الله عنه فى رجل جعل أمر امرأته بيدها ، فقال : هو لها حتى تنكل ، ولم يعرف حتى الآن أن صحابيا خالف عليا فى هذا الرأى ، فيكون إجماعا .

المعقول

قال الحنابلة : إن قول الرجل لزوجته « أمرك بيدك » هو نوع من التوكيل فى الطلاق فكان على التراخى ؛ كما لو جعله لأجنبى . وفارق قوله : « اختارى » فإنه تخيير فإن رجع الزوج فيما جعل إليها ، أو قال : « فسخت ما جعل إليك »... حيث يبطل هذا التوكيل . وإن وطئها الزوج كان رجوعا ؛ لأنه نوع توكيل . والتصرف فيما وكل فيه يبطل الوكالة .

رد الحنابلة أدلة معارضيهم

قال الحنابلة : إن قول الرجل لزوجته : « أمرك بيدك » توكيل لا تمليك ، فكان له الرجوع فيه كالتوكيل فى البيع ؛ وكما لو خاطب بذلك أجنبياً والقول : إنه تمليك غير صحيح ؛ فإن الطلاق لا يصح تمليكه ، ولا ينتقل عن الزوج ، وإنما ينوب فيه غيره عنه . فإذا استناب غيره فيه كان توكيلا لا غير ، ثم ، وإن سلم أنه تمليك ، فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به ، كالبيع . وإن ردت المرأة ما جعل إليها بطل كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل .

لابد من النية فى الكناية أو دلالة حال

ويرى الحنابلة أنه لابد من نية الزوج الطلاق بعبارته التى وجهها لزوجته : « أمرك بيدك » : لأنه كناية ، فلو اختلف الزوجان ، فقال الزوج . لم أنو الطلاق

بقولى : « أمرك بيدك » وقالت الزوجة : بل نويت . كان القول قوله ؛ لأنه أعلم بنيته ، ولا سبيل إلى معرفتها إلا من جهته ، ما لم يكن جواب سؤال ، أو معها دلالة حال .

التصريح بما يفيد إرادة الطلاق

لو قال الزوج لامرأته : أمرك بيدك فقالت: قبلت، لم يقع شيء ؛ لأن أمرك بيدك توكيل ، فقولها فى جوابه : قبلت . ينصرف إلى قبول الوكالة، فلم يقع شيء ؛ كما لو قال لأجنبى أمر امرأتى بيدك ، فقال: قبلت ومثل ما تقدم فى الحكم مالو قالت : أخذت أمرى . نص أحمد على ذلك فى رواية ابراهيم بن هانئ إذا قال لامرأته : أمرك بيدك فقالت قبلت ليس بشىء حتى تبين ، وقال : إذا قالت : أخذت أمرى ليس بشيء[1] .

تأثير النية فى التفويض الصريح

يرى الحنابلة أن التفويض قد يكون مقيدا بزمن ، أو عدد ، أومكان ؛ فلو قال الرجل لزوجته : « طلقى نفسك » ، ونوى عددا فهو على ما نوى . وان أطلق من غير نية لم يملك إلا واحدة ؛ لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم . وكذلك الحكم او وكل أجنبياً ؛ فقال له: طلق زوجتى . فالحكم على ما بيناه . قال أحمد : إذا قال لامرأته : « طلقى نفسك » ، ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا فهى ثلاث . وإن كان نوى واحدة فهى واحدة ؛ وذلك لأن الطلاق يكون واحدة ، وثلاثا فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله ، وإن لم ينو تناول اليقين وهو الواحدة فان طلقت نفسها ، أو طلقها الوكيل فى المجلس او بعده وقع الطلاق لأنه توكيل .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٩٨ والشرح الكبير على هامشه ذات الجزء والصفحة .

رأى آخر يقيد الطلاق بالمجلس

قال القاضي : إذا قال رجل لزوجته : « طلقي نفسك » تقيد بالمجلس ؛ لأنه تفويض للطلاق إليها ، فتقيد بالمجلس، كقوله : «اختاري» .

دليل الرأي الراجح

استدل من قال بأن التفويض الصريح توكيل لا تمليك فلا يتقيد الحق بالمجلس. بل للمفوض إليه الطلاق أن يطلق في المجلس ، أو بعده، بقولهم : إن ماحدث هو توكيل في الطلاق ، فكان على التراخي كتوكيل الأجنبي وكقوله : « أمرك بيدك » . وفارق اختاري ، فانه تخيير وماذكروه ينتقض بقوله : « أمرك بيدك » .

التفويض الصريح لايتوقف على إجابة صريحة

المرأة التي فوض إليها تطليق نفسها بقول زوجها لها : « طلقي نفسك » لها أن توقع الطلاق بلفظ صريح ، أو كناية مع النية . خلافا لرأي بعض الشافعية القائل بأنه ليس لها أن توقع الطلاق بالكناية، بحجة أن الرجل فوض إليها الطلاق بلفظ الصريح ، فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها .

دليل الحنابلة

قال الحنابلة : إن الرجل قد فوض إلى المرأة الطلاق،وقد أوقعته، فوقع، كما لو أوقعته بلفظ الصريح . وما ذكر من أن التفويض إليها كان بلفظ صريح، فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها غير مسلم به ؛ لأن ما حدث هو توكيل للمرأة في إيقاع الطلاق على نفسها . والتوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر من جهته ؛ كما لو قال لوكيله: بع داري حيث يجوز بيعها بلفظ التمليك .

طلقي نفسك ثلاثا

ولو ذكر الزوج في تفويضه عددا بأن قال لزوجته : طلقي نفسك ثلاثا. فطلقت نفسها واحدة ، وقع الطلاق . وقال مالك . لا يقع شيء ؛ لأنها لم تمتثل أمره .

دليل الحنابلة

قال الحنابلة : لو إن الرجل ملك زوجته - بطريق التوكيل - إيقاع ثلاث طلقات تملكت إيقاع واحدة بمقتضى هذا التمليك كالموكل ؛ ولأنه لو قال : وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة، فقال: قبلت واحدا منهم، صح، فكذا ههنا .

طلقى واحدة فطلقت ثلاثا

ولو قال الرجل لزوجته : طلقى نفسك واحدة ، فطلقت نفسها ثلاثا ، وقعت واحدة . وبهذا قال المالكية والشافعية — وقال أبو حنيفة : لا يقع شيء . لأنها لم تأت بما يصلح قبولا ، فلم يصح ، كما لو قال : بعتك نصف هذا العبد ، فقال . قبلت البيع فى جميعه .

دليل الحنابلة

قال الحنابلة : إن المرأة أوقعت طلاقا مأذونا فيه وغيره . فوقع المأذون فيه دون غيره . كما لو قال: طلقى نفسك ، فطلقت نفسها ، وضرائرها .

إنكار ما زاد على طلقة واحدة فى الصريح

لو قال الزوج لزوجته : « طلقى نفسك » فطلقت نفسها ثلاثا وقال الزوج . لم أجعل إليها إلا واحدة ، لم يلتفت إلى قوله . والقضاء ماقضت .

رأى آخر

وقال القاضى : نقل عبد الله عن أحمد ما يدل على أنه إذا نوى واحدة فهى واحدة ؛ لأنه نوع تخيير ، فيرجع إلى نيته فيه .

دليل الرأى الأول

قال أصحاب الرأى الأول ، وهو الراجح فى المذهب : إن قول الرجل : طلقى نفسك لفظ يقتضى العموم فى جميع أمرها ، لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث ، كما لو قال : طلقى نفسك ما شئت. ولا يقبل قوله أردت واحدة ؛ لأنه خلاف ما يقتضيه اللفظ . ولا يدين فى هذا ، لأنه من من الكنايات الظاهرة ، والكنايات الظاهرة تقتضى ثلاثا .

تفويض غير الزوجة فى الطلاق

اذا جعل الرجل أمر زوجته بيد غيرها صح، وحكمه حكمها لو جعله بيدها، فى أنه بيده فى المجلس وبعده، لأنه توكيل مطلق، فيكان على التراخى، كالتوكيل فى البيع — ولذلك فله أن يطلقها مالم يفسخ الزوج التفويض أو يطأ زوجته المفوض أمرها للغير. وله أن يطلق واحدة، وثلاثا، كالمرأة.

أهلية المفوض لها الطلاق بالعقل والتمييز

ليس للزوج أن يجعل الأمر إلا بيد من يجوز توكيله، وهو العاقل. فأما الطفل، والمجنون فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم. فان فعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه. وان جعله فى يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته. وقد نص أحمد ههنا على اعتبار وكالته بطلاقه فقال: اذا قال لصبي طلق امرأتى ثلاثا فطلقها ثلاثا لايجوز عليها حتى يعقل الطلاق، أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها، أكان يجوز طلاقه؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه. ولو جعل أمر الصغيرة، والمجنونة، بيدها لم تملك ذلك.؟ نص على ذلك أحمد فى امرأة صغيرة قال لها زوجها: أمرك بيدك، فقالت: اخترت نفسى، فقال: ليس بشيء. حتى يكون مثلها يعقل. وهذا، لأنه تصرف بحكم التوكيل، وليس من أهل التصرف. وظاهر كلام أحمد أنها اذا عقلت الطلاق، وقع طلاقها وان لم تبلغ، كما هو الحال عندهم فى الصبي اذا طلق.

رواية أخرى

وفى المذهب رواية أخرى أنه يشترط، لوقوع الطلاق من المفوض له الطلاق، البلوغ والعقل، فلو طلق الصبي لايقع طلاقه حتى يبلغ. وكذلك المرأة الصغيرة.

تفويض أكثر من واحد

إذا جعل أمر الزوجة فى يد اثنين، أو وكل اثنين فى طلاق زوجته صح وليس لأحدهما أن يطلق على الإنفراد إلا أن يجعل ذلك إليه ؛ لأنه إنما رضى بتصرفهما جميعاً . وبهذا قال مالك والشافعى : فإن طلق أحدهما واحدة ، والآخر ثلاثا، وقعت واحدة. وقال الثورى لا يقع شىء. واحتج الحنابلة لرأيهم بأنهما طلقا جميعاً واحدة مأذونا فيها ، فصح ، كما لو جعل إليهما واحدة[1].

مخالفة الجواب لعبارة التفويض

لو قال الرجل لزوجته: طلقى نفسك؛ فقالت: أنا طالق، إن قدم زيد، لم يصح ؛ لأن إذنه إنصرف الى طلاق منجز، فعلقته على شرط. والمعجز لا يتناول المعلق . وحكم توكيل الأجنبى فى الطلاق كحكمها فى ما ذكرناه كله .

التفويض نظير عوض كالتفويض بلا عوض

قال الحنابلة : للرجل حق الرجوع فيما فوض فيه زوجته من طلاق، قبل أن تطلق نفسها، سواء كان هذا التفويض نظير عوض مالى ، أو بلا عوض . كما قالوا ببطلان هذا التفويض بوطء الزوج زوجته التى جعل لها حق الطلاق . قال أحمد : اذا قالت امرأته : اجعل أمرى بيدى وأعطيك عبدى هذا ، وقبض العبد وجعل أمرها بيدها، فلها أن تختار مالم يطأها ، أو ينقضه، لأنه توكيل، والتوكيل لا يلزم بدخول العوض فيه . وكذلك التمليك بعوض لا يلزم ما لم يتصل به القبول ، كالبيع .

التفويض بلفظ « اختارى نفسك » يتقيد بالمجلس

قال صاحب المغنى[2] : أكثر أهل العلم على أن التخيير على الفور ان اختارت فى وقتها ، والا فلاخيار لها بعده . روى ذلك عن عمر ، وعثمان ،

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٩٣ الطبعة الأولى بمطبعة المنار سنة ١٣٤٨ هـ .
(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

وابن مسعود ، وجابر رضى الله عنهم . وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، ومجاهد ، والشعبى ، والنخعى، ومالك ، والثورى ، والأوزاعى ، والشافعى ، وأصحاب الرأى . وقال الزهرى ، وقتادة ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، ومالك فى احدى الروايتين: هو على التراخى. ولها الاختيار فى المجلس وبعده ما لم يفسخ أو يطأ . واحتج ابن المنذر بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة لما خيرها : « انى ذاكر لك أمر فلا عليك ألا تعجلى حتى تستأمرى أبويك » ، وهذا يمنع قصره على المجلس ، ولأنه جعل أمرها اليها فأشبه : « أمرك بيدك[1] » .

دليل الحنابلة

١ - إجماع الصحابة

استدل الحنابلة بما روى عن سعيد بن المسيب أنه قال : قضى عمر ، وعثمان ، فى الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما لم يتفرقا .

وعن عبد الله بن عمر قال : « ما دامت فى مجلسها » . ونحو ذلك روى عن ابن مسعود ، وجابر . ولم نعرف لهم مخالفا فى الصحابة فكان اجماعا .

٢ - المعقول

وقال الحنابلة : إن عبارة الرجل : « اختارى نفسك » هى خيار تمليك ، فكان على الفور ، كخيار القبول .

رد أدلة المخالفين

وقال الحنابلة : إن الخبر لا يفيد المدعى؛ اذ الخلاف فى التخيير المطلق ، أما الخبر ففيه تخيير على سبيل التراخى: « فلا عليك أن تتعجلى حتى تستأمرى أبويك » . أما « أمرك بيدك » فلا يقاس عليه « اختارى » ؛ لأن أمرك بيدك توكيل ، والتوكيل يعم الزمان ، ما لم يقيد ، بخلاف مسألتنا[1] .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى [illegible] ٢٩٤ ، ٢٩٥ .

مبطلات الخيار

اشترط الحنابلة فى التخيير أن تجيب المرأة باختيارها فرقة زوجها عقب كلامه، إلا إذا قيد العبارة بما يفيد امتداد الزمن. فإذا انتهى مجلس التفويض ولم تجب ، أو ظل المجلس لكنهما خرجا من الكلام الذى كانا فيه إلى غير ذكر الطلاق، وتكلما فى موضوع آخر بطل خيارها . قال أحمد : إذا قال لامرأته : اختارى ، فلها الخيار ماداما فى ذلك الكلام ، فإن طال المجلس وأخذا فى كلام غير ذلك ، ولم تختر فلا خيار لها . وقال أحمد أيضا : الخيار على مخاطبة الكلام أن تجاوبه ، ويجاوبها . إنما هو جواب كلام إن أجابته من ساعته ، وإلا فلا شيء ؛ لأن ما حدث من الزوج بمثابة تمليك مطلق ، وقد تأخر قبوله عن أول حال الإمكان ، فلم يصح .

خروج الزوج أو الزوجة من المجلس

كما يبطل خيار المرأة بخروجها من المجلس قبل أن تجيب ، ويبطل الخيار أيضا بخروج الزوج من المجلس قبل أن تختار المرأة فراقه . وقال أبو حنيفه يبطل الخيار بخروجها قبل قيامه : بناء على أصله فى أن الزوج لا يملك الرجوع عما فوض فيه . المرأة من الطلاق . أما عند الحنابلة فللزوج حق الرجوع فيما وكل فيه ، أو فوض، من الطلاق ، فبقيامه قبل اختيارها الفرقة يبطل هذا الخيار ولو كان أحدهما قائما فمشى بطل الخيار . أما لو قعد لم يبطل ؛ إذ القيام يبطل الفكر ، والارتياء ، فى الخيار فيكون إعراضا . أما القعود فبخلافه ، وإن كانت فى صلاة فأتمتها لم يبطل خيارها . وإن أكلت شيئا يسيرا لم يبطل ؛ لأن ذلك ليس باعراض ، فان جعل لها الخيار متى شاءت ، أو فى مدة فلها ذلك فى تلك المدة . وإذا قال لها : اختارى إذا شئت ، أومتى شئت ، أو متى ماشئت فلها ذلك ؛ لأن هذه تفيد جعل الخيار لها فى عموم الأوقات .

اختارى اليوم، وغدا . وبعد غد

قال الحنابلة : ولو قال لها : اختارى اليوم ، وغدا وبعد غد ، فلها ذلك ، فان ردت الخيار فى اليوم الأول بطل فى الأيام الباقية ؛ لأنه خيار واحد فى مدة واحدة، فاذا بطل أوله ، بطل مابعده ، كما لوكان الخيار فى يوم واحد ، كخيار الشرط وخيار المعتقة . ولا نسلم أنهما خياران ، وإنما هما خيار واحد فى يومين .

إختارى نفسك اليوم ، واختارى نفسك غدا

ولو قال لها : اختارى نفسك اليوم، واختارى نفسك غدا ، فردته فى اليوم الأول ، لم يبطل فى الثانى ؛ لأنهما خياران ؛ لأن كل واحد ثبت بسبب مستقل مفرد .

خيرها مدة ، ثم تزوجها ، لا يعود الخيار

ولو خيرها مدة كشهر أو سنة فأختارت الفراق ، ثم عادت فتزوجها ثانيا ، لا يعود لها الخيار ، وإن كان الزمن المحدد للخيار لازال باقياً . وعند أبى حنيفة لها الخيار . ولو لم تختر نفسها ، أو أختارت زوجها ، وطلقها الزوج ثم تزوجها ، بطل خيارها ؛ لأن الخيار المشروط فى عقد لا يثبت فى عقد سواه .

دليل الحنابلة

ان المرأة باختيارها الفراق قد استوفت ما جعل لها فى هذا العقد ، فلم يكن لها عقدثان ، كما لو اشترط الخيار فى سلعة مدة، ثم فسخ، ثم اشتراها بعقد آخر فى تلك المدة .

تنبيه

الحكم السابق بيانه فى التفويض بالتخيير ، يثبت فى التفويض بقوله : أمرك بيدك ؛ لأنه نوع تخيير .

تحديد الزمن

يبدأ الزمن المقيد به التخيير ، أو التوكيل (أمرك بيدك) من وقت النطق بالتفويض فلو قال الرجل لزوجته : لك الخيار يوما ، أو أمرك بيدك يوما ، فابتداؤه من حين نطق به إلى مثله من الغد ؛ لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك . وأن قال : شهرا فمن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوما إلى مثل تلك الساعة ، وإن قال : اليوم أو الشهر ، أو السنة، فهو على ما بقي من اليوم ، والشهر ، والسنة .

التخيير المطلق ينصرف إلى طلقة رجعية

لفظة التخيير لا تقتضي بمطلقها أكثر من تطليقة رجعية . قال أحمد : هذا قول ابن عمر ، وابن مسعود ، وزيد بن ثابت ، وعمر ، وعائشة رضى الله عنهم . وروى ذلك عن جابر، وعبدالله بن عمر . وقال أبو حنيفة: هي واحدة بائنة؛ لأن اختيارها يقتضي زوال سلطانه عنها ، ولا يكون ذلك إلا بالبينونة . وقال مالك : هي ثلاث في المدخول بها ؛ لأن المدخول بها لا تبين بما أقل من ثلاث إلا أن تكون بعوض .

دليل الحنابلة

استدل الحنابلة بالاجماع ، والمعقول ؛ فقالوا :

الاجماع

لقد أجمع صحابة رسول الله، صلى الله عليه وسلم، على أن المرأة إذا اختارت نفسها تقع طلقة واحدة ، وهو احق بها . قال بذلك من سمينا هم سابقاً من صحابة رسول الله صلى الله علية وسلم... رواه البخاري عنهم باسانيده، ولم نعرف لهم مخالفا في ذلك .

المعقول

إن قول الرجل لزوجته : «اختاري» تفويض مطلق، فيتناول أقل مايقع

عليه الاسم ، وذلك طلقة واحدة ، ولا يجوز أن تكون بائنا ؛ لأنها طلقة بغير عوض، لم يكمل بها العدد بعد الدخول ، فأشبه[1] مالو طلقها واحدة .

اما قول الرجل : امرك بيدك ، فانه للعموم ؛ لأنه اسم جنس، فيتناول جميع أمرها نخالف قول الرجل لزوجته : « اختاری » . لكن ان جعل اليها الإختيار أكثر من ذلك فلها ماجعل اليها ، سواء جعله بلفظة مثل أن يقول : اختاری ماشئت ، واختاری الطلقات الثلاث ان شئت، فلها، فى هذه الحالة، أن تختار ذلك، فان قال : اختاری من الثلاث ما شئت ؛ فلها أن تختار واحدة ، أو اثنتين وليس لها اختيار الثلاث بكمالها ؛ لأن من للتبعيض فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث، فلا يكون لها اختيار الجميع .

يرجع إلى النيـــة

لو نوى الرجل بقوله لزوجته : إختاری عددا فإنه يرجع إلى مانواه ، لأن قوله:اختاری... كناية خفية، فيرجع فى قدر مايقع بها إلى نيته، كسائر الكنايات الخفية . فإن نوى ثلاثا ، أو اثنتين، أو واحدة، فهو على مانوى . وإن أطلق النية فهى واحدة . وإن نوى ثلاثا ، فطلقت أقل منها ، وقع ماطلقته ، لأنه يعتبر قولهما جميعا، فيقع ما اجتمعا عليه كالوكيلين إذا طلق واحد منهما واحدة والآخر ثلاثا .

لو ردت الخيار، أو الأمر لايقع شىء

وإن خير الرجل زوجته فاختارت زوجها أو ردت الخيار ، أو الأمر لم يقع شىء، نص عليه احمد فى رواية الجماعة. وروى ذلك عن عمر، وعلى ، وزيد ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وعمر بن عبد العزيز . كما نقل عن الشافعى .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٨ ص ٢٩٨

دليل الحنابلة

استدل الحنابلة بقول عائشة رضي الله عنها : خيرنا رسول الله ﷺ فكان طلاقا . وقالت لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال : « إني لمخبرك خبرا . فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك » ثم قال . إن الله تعالى قال : « يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها ـ حتى بلغ ـ إن الله أعد للمحسنات منكن أجراً عظيما » فقالت : في أي هذا أستأمر أبوي ؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ، قالت : ثم فعل أزواج النبي ﷺ مثل ما فعلت ، متفق عليه .

وجه الاستدلال

الحديث أبان أن رد المرأة ما فوضه لها زوجها من فرقة يجعل الأمر كأنه لم يحدث تفويض . ومعنى هذا أن الرد لا يقع به طلاق ؛ لا رجعي ، ولا بائن . قال مسروق : ما أبالي : خيرت امرأتي واحدة ، أو مائة ، أو ألفا ، بعد أن تختارني .

المعقول

وقال الحنابلة : إن المرأة قد خيرت في الطلاق أو البقاء على النكاح فاختارت النكاح ، فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد .

الاختيار كناية يحتاج إلى النية

إذا قالت المرأة : اخترت نفسي ، فيفتقر إلى نيتها ؛ لأنه لفظ كناية منها فإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع ؛ لأن الزوج إذا لم ينو ، فما فوض إليها الطلاق فلا يصح أن توقعه . وإن نوى ، ولم تنو هي ، فقد فوض إليها الطلاق ، فما أوقعته ، فلم يقع شيء ، كما لو وكل وكيلا في الطلاق فلم يطلق . وإن نويا جميعا وقع ما نوياه من العدد . إن اتفقا فيه ، وإن نوى أحدهما

أقل من الآخر وقع الأقل ؛ لأن مازاد انفرد به أحدهما فلم يقع[1] .

التفويض المعلق

التفويض المعلق هو أن ينيب الرجل غيره فى تطليق امرأته معلقا هذه الإنابة على شرط أو مضافا إلى زمن كقول الرجل لزوجته . أمرك بيدك شهرا . أو اختارى نفسك شهرا ، او إذا قدم فلان فأمرك بيدك، أواختارى نفسك يوما، أو يقول ذلك لأجنبي . وتعليق الإنابة فى الطلاق على شرط جائز . قال أحمد: «إذا كان سنة، أو أجل مسمى، فأمرك بيدك، فاذا دخل ذلك فأمرها بيدها . وليس لها قبل ذلك أمر » . وقال أيضا : « إذا تزوج امرأة وقال لأبيها إن جاءك خبرى إلى ثلاث سنين وإلا فأمر ابنتك إليك ، فلما مضت السنون لم يأت خبره فطلقها الأب ، فان كان الزوج لم يرجع فيما جعل إلى الأب فطلاقه جائز . ورجوعه أن يشهد أنه قد رجع فيما جعل إليه » .

تعليل ما تقدم

قال الحنابلة : إن الرجل قد فوض الطلاق إلى من يملكه فصح تعليقه على شرط ، كالتوكيل الصريح ، فإذا صح هذا فإن الطلاق إلى من فوض إليه على حسب ماجعله إليه فى الوقت الذى عينه له ، لا قبله ، ولا بعده .

حق الزوج فى الرجوع عن التفويض المعلق

وللزوج الرجوع عن التفويض المعلق على شرط : لأنه عقد جائز . قال أحمد : ولا تقبل دعواه الرجوع إلا ببينة ؛ لأنه مما يمكن إقامة البينة عليه .

تطليق الوكيل والزوج غائب

فإن طلق الوكيل ، والزوج غائب، كره للمرأة أن تتزوج ؛ لأنه يحتمل

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلي ج ٨ ص ٢٩٩

أن الزوج رجع فى الوكالة . وقد نص أحمد على منعها من التزوج لهذه العلة . وحمله القاضى على الاستحباب ، والاحتياط .

وطء الزوج والوكيل غائب

وإن غاب الوكيل كره للزوج الوطء مخافة أن يكون الوكيل طلق ، ومنع منه أحمد أيضا لهذه العلة . وحمله القاضى . أيضا ، على الاستحباب ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، فحمل الأمر فيه على اليقين .

لابد من بينة على الرجوع

إذا ادعى الزوج انه قد رجع عن التفويض للغير فلا . يقبل قوله إلا ببينة ، فلو صدقته المرأة أنه قد رجع قبل قوله ، وان لم تكن له بينة[١] .

المذهب الظاهرى

تفويض الطلاق للغير

لا طلاق بالتخيير

من خير امرأته فاختارت نفسها ؛ أو اختارت الطلاق ، أو اختارت زوجها ، أو لم تختر شيئاً ، فكل ذلك لاشىء ، وكل ذلك سواء . ولا تطلق بذلك ، ولا تحرم عليه ، ولا لشىء من ذلك حكم .

لو كرر التخيير

ولو كرر الزوج التخيير ، وكررت هى اختيار نفسها . أو اختيار الطلاق ألف مرة فلا يقع طلاق بهذا كله .

جعل الزوج أمر زوجته بيدها

ولا تملك المرأة تطليق نفسها بتمليك الزوج لها تطليق نفسها . وكذلك لو قال لها : أمرك بيدك .

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٨ ص ٢٩٣ ، ٢٩٤ .

تمليك الغير أمر زوجته

وكذلك الحكم فيمن جعل أمر امرأته لأجنبي فلا يملك الغير بهذا التمليك أن يطلق الزوجة التي جعل أمرها بيده .

دليل الظاهرية

قال ابن حزم : لاحجة فى أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم . وإذ لم يأت فى القرآن ولا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قول الرجل لامرأته أمرك بيد ، أو قد ملكتك أمرك ، أو اختارى ، يوجب أن تكون طالقا ، أو أن لها أن تطلق نفسها ، أو أن تختار طلاقا ، فلا يجوز أن يحرم على الرجل فرج أباحه الله تعالى ورسوله صلى الله عليه وسلم بأقوال لم يوجبها الله تعالى ولا رسوله صلى الله عليه وسلم . وهذا فى غاية البيان ، والحمد لله رب العالمين .

وقال أبو محمد : والذى نقول به : هو ما رويناه من طريق أبى عبيد ، نا عبد الغفار بن داود عن بن لهيعة عن يزيد بن أبى حبيب ، أن رميسة الفراسية كانت تحت محمد بن عبد الرحمن بن أبى بكر الصديق ، فملكها أمرها فقالت : أنت طالق ، ثلاث مرات ، فقال عثمان بن عفان : أخطأت . لا طلاق لها . ألا إن المرأة لا تطلق . ومن طريق عبد الرازق ؛ نا ابن جريج ، أخبرنى أبو الزبير أن مجاهدا أخبره : أن رجلا جاء إلى ابن عباس فقال : ملكت امرأتى ، فطلقتنى ثلاثا ، فقال ابن عباس خطأ الله نوءها عليك . انما الطلاق لك عليها ، وليس لها عليك . وهذا فى غاية الصحة عن ابن عباس . ومن طريق عبد الرازق عن ابن جريج سألت عبد الله بن طاووس كيف كان أبوك يقول فى رجل ، ملك امرأته أمرها .. أتملك أن تطلق نفسها أم لا ؟ قال : كان يقول : ليس إلى النساء طلاق . فقلت له : فكيف كان أبوه يقول فى رجل ملك رجلا أمر امرأته ... أيملك الرجل أن يطلقها ؟ قال : لا . وهو قول أبى سليمان وجميع أصحابنا[1] .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١١٦ إلى ص ١٢٤ مسألة رقم ١٩٣٧ .

وأما التخيير : فقد روى من طريق سفيان بن عينه ، عن عمرو بن دينار عن عكرمة عن ابن عباس أنه سئل عن رجل جعل امر أمرأته بيدها فقالت: أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، فقال ابن عباس خطأ الله نوءها ، لا أدرى ما الخيار . وهذا أصح ماروى فى ذلك عن ابن عباس . وأما الزيادة التى رواها قوم فى هذا الخبر من أن ابن عباس قال : لو قالت: أنا طالق ثلاثا لكان كما قالت، أو: ألا طلقت نفسها ثلاثا . . فلا تصح؛ لأنه إنما رواها الحكم بن عتبة ، وحبيب بن أبى ثابت ، ومنصور . وكلهم لم يلق ابن عباس(١).

مناقشة ابن حزم أقوال مخالفيه

مناقشته رأى أبى حنيفة ومالك

قال ابن حزم : وأما أبو حنيفة فقال: إن قال لها: اختارى ، تخيرها، ثم قال لم أرد طلاقا . فإن كان ذلك فى رضا لم يجر فيه ذكر طلاق ، كان القول قوله مع يمينه ، ولا خيار لها ، فإن كان فى غضب فيه ذكر طلاق ، أو ليس فيه ذكر طلاق ، أو كان فى رضا ذكر فيه طلاق ، لم يلتفت إلى دعوى الزوج وكان لها الخيار . فإن اختارت زوجها ، فهى امرأته ، وبطل خيارها، وإن اختارت نفسها، فهى طالق واحدة بائنة ، لا تكون رجعية أصلا . ولا أكثر من واحدة سواء نوى هو أكثر من واحدة ، أولم ينو ، اختارت هى أكثر من واحدة ، أو اختارت واحدة رجعية. ثم لهم من التخاليط فى حركاتها وأعمالها أشياء يطول ذكرها ، إذ إنها من من عجائب الدنيا قد ذكرناها فى كتاب الإيصال (٢) .

وقال مالك : إن خيرها فاختارته ، فهى امرأته ، وقد بطل خيارها . فإن اختارت نفسها فهى طالق ثلاثا ولا بد سواء قالت : أردت الطلاق ، أو قالت : لم أرد الطلاق ، وليس له أن يناكرها . ولا يلتفت إلى نيته أصلا . فلو طلقت نفسها واحدة ، أو اثنتين، فليس بشىء ، ولا يلزمه ذلك ، وليس لها إلا اختيار زوجها ، أو أن تطلق نفسها ثلاثا ولا بد، إلا أن يخيرها

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٢٠ — ١٢٤ .

وقد عزم على طلاقها أومخالعتها ، فههنا إن اختارت نفسها فهى طلقة واحدة بائنة . وكذلك لو قال لها اختارى طلقه فليس لها إلا طلقة واحدة رجعية . هذا كله فى المدخول بها . فإن خيرها قبل أن يدخل بها، فهى، إن اختارت نفسها، طلقة واحدة فقط . فلو قالت التى لم يدخل بها : قد اخترت بثلاث تطليقات. فقال هو : لم أرد الا واحدة فقط فهى واحدة . وقال : فلو قالت المدخول بها: قد قبلت امرى، لم يكن طلاقها، إلا أن تقول هى: أردت الطلاق، فيكون ثلاثا ولا بد . لا أقل من ذلك . فلو قالت له : قد خليت سبيلك فهى ثلاث ولا بد ؛ واختلف قول مالك فى المخيرة ، تقوم من مجلس التخيير قبل أن تختار فمرة قال : يبطل خيارها بخلاف التمليك: ثم رجع فقال: بل لها الخيار حتى توقف فتختار أو تترك، فلو وطئها مكرهة لم يبطل خيارها ، ولو وطئها طائعة بطل خيارها .

قال ابن حزم بعد أن ذكر أقوال الاحناف والمالكية : إن ذكرنا لهذه الأقوال يغنى عن تكلف الرد عليها؛ لشدة اختلاطها. وبالجملة فلم يقل أحد قبله (يقصد مالكا) بهذه التقسيمات وإنما تعلق بقول من أحد أقوال ثلاثة رويت عن زيد فى ان اختارت نفسها فهى ثلاث فقط . وخالفه فى هذا القول نفسه فى الفرق بين المدخول بها ، وغير المدخول بها ، وفى تسوية زيد بين التخيير والتمليك فبطل تعلقه بزيد . وقد خالف هذا القول قول آخر لزيد ، وقول لعمر ، وقول لعلى . وكل هذه الأقوال لا حجة فى تصحيحها من قرآن أو سنة ، ولا معقول ! ولا قول متقدم لم يخالفه فيه من هو مثله ، ولا رأى له وجه يعقل. واحتج من قال بأن التخيير له تأثير فى الطلاق بأن رسول الله (ﷺ) خير نساءه؛ وذكر ابن حزم قول الشافعية[1]، ثم قال: وكل هذه الأقاويل آراء لا دليل على صحة شيء منها. وقد تقصينا من روى عنهم من الصحابة أنهم قالوا بوقوع الطلاق فى هذه الحالات ، فلم يكونوا بين من صح عنه. ومن لم يصح عنه إلا سبعة. وقد اختلفوا. وليس قول بعضهم أولى من قول بعض. ولا أثر

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١١٧ و ١١٨ ، ١٢٢، ١٢٣ .

فى شيء ، فيها إلا أثرا رويناه من طريق أحمد بن شعيب بطريق انتهى إلى حماد ابن زيد، قال: قلت لأيوب السختياني، هل علمت أحدا قال فى أمرك بيدك: أنها ثلاث غير الحسن ؟ قال: لا، اللهم غفرا إلا ما حدثنى قتادة عن كثير مولى بن سمرة، فسألته فلم يعرفه، فرجعت إلى قتادة فأخبرته، فقال: نسى. وكثير مولى ابن سمرة مجهول . ولو كان مشهورا بالثقة والحفظ لما خالفنا هذا الخبر .

وقال ابن حزم : إن المالكية يقولون إن التخيير لايكون إلا فى البقاء مع زوجها أو فى الطلاق الثلاث . وهم مع ذلك يقولون : إن الطلاق الثلاث بدعة ومعصية، فكيف يجوز عندهم أن يخير الرسول، صلى الله عليه وسلم فى إنفاذ معصية ؟ حاشا لله من هذا .

آية التخيير لادلالة فيها للمخالفين :

على أن الآية التى يحتج - بها لأن فيها أمرا من الله لرسوله بتخيير نسائه، موقوف هذا الأمر على رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو من خصوصياته. وقال البعض : إن التخيير الذى حدث من الرسول إنما هو تخيير بين الدنيا ، والآخرة ولهذا بطل تعلقكم فى أن للتخيير تأثيرا فى الطلاق ؛ لأن ما حدث من الرسول ليس تخييرا بين البقاء معه ، أو الطلاق . والآية تؤكد ذلك فى نصها (وإن كنتن تردن الحياة الدنيا ، وزينتها، فتعالين أمتعكن ، وأسرحكن سراحا جميلا) فإنما نص الله تعالى: على أنه، عليه الصلاة والسلام ؛ إن أرادت زوجاته الدنيا ولم يردن الآخرة طلقهن، حينئذ من قبل نفسه مختار للطلاق، لا أنهن طوالق بنفس اختيارهن الدنيا . ومن أدعى غير ذلك فقد حرف كلام الله عز وجل، وأقحم فى حكم الآية كذباً محضاً ليس فيها منه نص ، ولادليل[1] .

الأخبار موضوعة :

أما الأخبار التى ذكرها بعض أصحاب هذه الآراء، يموهون بها ، فهى

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٢٣ .

أخبار موضوعة ؛ منها: ماروى من أن واحدة من نساء النبي: (ﷺ)، اختارت نفسها فكانت البتة ، ومنها من طريق ابن وهب عن عبدالجبار بن عمر عن الزهري أن النبي: (ﷺ)، إذ خير نساءه، تخيرت امرأة منهن نفسها، فذهبت.ـ وذكر بعضهم أن الزوجة التي اختارت نفسها هي بنت الضحاك العامري . مع أن الرسول (ﷺ) لم يتزوج، قط، بنت الضحاك العامري ويوضح كذب هذه الفضائح الخبر الثابت، الذي روى من عدة طرق، منها طريق مسلم ـ أن عائشة قالت: فذكرت نزول آية التخيير؛ أن رسول الله (ﷺ) تلاها عليها، فقالت: إني أريد الله ورسوله ، والدار الآخرة، قالت : ثم فعل أزواج النبي (ﷺ) مثل ما فعلت . وفي رواية عن الشعبي عن مسروق عن عائشة أم المؤمنين قالت : خيرنا رسول الله (ﷺ) فاخترناه، فلم يعده طلاقا[1] .

لا إجماع من الصحابة :

ثم قال ابن حزم وقد تقصينا الآثار الواردة جميعها ورأينا الاختلاف فيها عن الصحابة مما يدل على عدم وجود إجماع في شيء من ذلك ، ووقفنا على أنه ليس في التخيير شيء إلا عن عمر، وعلى ، وزيد . أقوال خالف فيها كل واحد منهم صاحبه ، وأثر لا يصح عن ابن مسعود ، وآثار ساقطة عن ابن عباس ، والثابت عنه كقولنا : أنه لا معنى للتخيير أصلا ، وأنه ليس في التمليك إلا أقوال مختلفة عن زيد، وابن عمر، فقط، لا ثالث لهما من الصحابة، رضى الله عنهم، إلا قولا ذكر عن فضالة بن عبيد : أن القضاء ما قضت ، وأثران من طريق عثمان، وابن عباس موافقان لقولنا، وأنه ليس في «أمرك بيدك»، إلا أقوال مختلفة عن عمر، وعلى ، وزيد ، وعثمان ، وابن عمر ، وابن عمرو ، وأبي هريرة ، وابن مسعود ، وابن الزبير ، ورجال لم يسمعوا من الصحابة رضى الله عنهم . وفي بعض هذه قول عن جابر بن عبدالله لم يوافق مالك أحدا منهم إلا رواية عن ابن عمر صحت عنه في المناكرة فقط ومثلها

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٤ .

عن عمر لم تصح عنه . ولم يوافق أبو حنيفه منهم أحدا ووافقنا نحن قولا روى عن ابن مسعود ، وعمر[1] .

الوكالة فى الطـلاق

قلنا إن الظاهرية لايجيزون الإنابة فى الطلاق، لابتوكيل،ولابتفويض، فهم يرون أن من جعل إلى امرأته أن تطلق نفسها لم يلزمه ذلك. ولاتكون طالقا سواء طلقت نفسها أو لم تطلق ؛ لأن الله تعالى جعل الطلاق للرجال لا للنساء(٢) .

ولذا قالوا: إن الوكالة فى الطلاق لا تجوز ؛ لأن الله عز وجل يقول : (ولا تكسب كل نفس إلا عليها)، فلا يجوز عمل أحد عن احد إلا حيث أجازه القرآن ، أو السنة الثابتة عن رسول الله ،صلى الله عليه وسلم.ولايجوز كلام أحد إلا حيث أجازه القرآن، أو سنة رسول الله، صلى الله عليه وسلم. ومالم يأت فى طلاق أحدعن أحد بتوكيله إياه قرآن،ولاسنةعن رسول الله، صلى الله عليه وسلم ، فهو باطل .

مناقشة ابن حزم أقوال من أجازوا الوكالة

قال ابن حزم : إن المخالفين لنا أصحاب قياس بزعمهم ، وبالضرورة يدرى كل أحد أن الطلاق كلام ؛ والظهار كلام ، واللعان كلام ، والإيلاء كلام . ولا يختلفون فى أنه لايجوز أن يظاهر أحد عن أحد، ولا أن يلاعن أحد عن أحد، ولا أن يولى أحد عن أحد، لابوكالة ، ولابغيرها، فهلا قاسوا الطلاق على ذلك ؟ ولكن لا النصوص يتبعون ، ولا القياس يحسنون . وكل مكان ذكر الله تعالى فيه الطلاق فإنه خاطب به الأزواج لاغيرهم. فلا يجوز أن ينوب غيرهم عنهم ، لابوكالة ، ولا بغيرها ، لأنه إن كان، يكون

---

(١) المصدر السابق .

(٢) المحلى لابن حزم جـ ١ ص ٢١٦ مسأله رقم ١٩٧١

تعديا لحدود الله عز وجل . وقد قال تعالى : (ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون) وقال تعالى : (وما كان لمؤمن ، ولا مؤمنة ، إذا قضى الله ورسوله أمرا ، أن يكون لهم الخيرة من أمرهم) فلا خيار لأحد فى خلاف ماجاء به النص . وما نعلم إجازة التوكيل فى الطلاق عن أحد من المتقدمين إلا عن إبراهيم، والحسن(١) .

طلاق الغائب

الطلاق لا يقع إلا إذا علمت به الزوجة

قال الظاهرية بعدم لزوم طلاق الزوج الغائب عن زوجته إلا إذا بلغها الطلاق من تصدقه ، أو بشهادة تقبل فى الحكم ، فحينئذ يلزمها الطلاق إن كانت حاملا ، أو طاهرا فى طهر لم يمسها فيه — وقبل ذلك — حتى يبلغها الطلاق — هى امرأته ، كما كانت ، يتوارثان إن مات أحدهما ، وجميع حقوق الزوجية بينهما ، سواء كانت الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول ، ثلاثا ، أو أقل .

دليل الظاهرية

الكتاب :

قال ابن حزم : وبرهان ماتقدم قول الله عز وجل : (يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العـــدة ، واتقوا الله ربكم ، لا تخرجوهن من بيوتهن ، ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة . وتلك حدود الله، ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه) فهذه صفة طلاق المدخول بها وقال تعالى : (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن ، أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن، على الموسع قدره ، وعلى المقتر قدره) وقال تعالى :

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٩٦ مسألة رقم ١٩٥٩

(يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات، ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) وقال تعالى : (ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) فهذه صفة طلاق غير المدخول بها، ويدخل فيه طلاق الثلاث المجموعة وآخر الثلاث . وبالضرورة يوقن كل ذي حس سليم أن من طلقها فلم يبلغها الطلاق فقد ضارها ، ومضارتها حرام ففعله مردود باطل ، والمعصية لاتنوب عن الطاعة ، وبالضرورة يوقن كل أحد أن من فعل ذلك لم يسرحها سراحا جميلا . ومن لم يطلق للعدة ،ولم يحص العدة، فلم يطلق كاأمر الله تعالى ، ومن لم يطلق كما أمر الله تعالى فلم يطلق أصلا .

اعتراض ورد ابن حزم عليه

قال ابن حزم: ولا يحتج علينا بحديث فاطمة بنت قيس حيث طلقها زوجها وهو غائب عنها ، فقد روى عنها أنها قالت: أرسل إلى زوجي بطلاقي فشددت على ثيابي، ثم أتيت النبي، صلى الله عليه وسلم ، فقال :كم طلقك، قلت ثلاثا وذكر الحديث — فإننا نقول بلزوم طلاق الغائب ووقوعه عند بلوغه للزوجة بطريق من تصدقه ، أو بشهادة ، ولم نقل، قط، إنه لا يلزمها الطلاق إذا بلغها . وقد روى عن بعض السلف أنهم قالوا :إن من طلقها زوجها، وهو غائب، فإنها لا تلزمها العدة إلا من حين يبلغها الخبر . وهذا يدل على أنها لم يلزمها الطلاق إلا من حين لزمتها العدة لا قبل ذلك ؛ إذ لا يجوز في دين الإسلام أنه يحال بزمن بين الطلاق ، وبين أول عدتها ، ولا يجوز أن تكون امرأة ذات زوج موطوءة منه، خارجة عن الزوجية بطلاقه وفي غير عدة . هذا خلاف القرآن والسنة .

رواية أبي جهم قد عارضتها روايات أخرى :

على أن خبر فاطمة بنت قيس روى من طريق آخر برواية تفيد أن زوجها طلقها وهو حاضر، لا غائب، فقد روى من طريق مسلم: حدثني محمد بن

رافع ، نا، حسن بن محمد ، نا، شيبان هو ابن فروخ ، عن يحيى - هو ابن أبى كثير - أخبرنى أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف أن فاطمة بنت قيس أخبرته أن أبا حفص بن المغيرة طلقها ثلاثا، ثم انطلق إلى اليمن، وذكرت الخبر.

اعتراض آخر ورد عليه :

وقال ابن حزم ولا يعترض علينا، أيضا، بأننا كيف أجزنا طلاق الغائب وأوقعناه ، حين بلوغه للمطلقة، مع أن القاعدة عندنا أن الطلاق إلى أجل باطل ولا يقع الطلاق بصفة ؛ لأن كل طلاق لا يقع حين يوقع فمن المحال أن يقع حين لم يوقع ؛ لأننا نجيب على هذا الاعتراض بأن الله عز وجل علمنا الطلاق فى كل صنف من المطلقات ، وفى المطلقة الصغيرة التى لم تخاطب ، والمجنونة، وهما لا يلزم خطابهما بالطلاق . وقد يطلق المطلق عند باب الدار، ويبعث إليها بالخبر ، وعلى أذرع منها . وإذا جاز ذلك فلا فرق بين الطلاق فى البعد ، ولو أقصى المعمور ، وبين الطلاق خلف حائط ، وليس ذلك طلاقا إلى أجل . إنما هو كله طلاق لازم إذا بلغها ، أو بلغ أهلها ، إن كانت ممن لا تخاطب ، فيقع بذلك حل النكاح كما يقع بالفسخ ، ولا فرق . وبالله تعالى التوفيق(١) .

الشيعة الأمامية

تفويض الطلاق

الراجح أن الطلاق لا يقع بالتخيير

لو خير الزوج زوجته بين الطلاق أو البقاء معه بلفظ: اختارى نفسك، فقالت الزوجة على الفور : « اخترت نفسى » لا يقع الطلاق . وهذا هو أصح القولين .

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٩٦ [illegible]

دليل هذا الرأى

استدل لهذا الرأى بقول الصادق (ع) ، ما للنساء و الخيار . إنما هذا شيء خص الله به رسوله صلى الله عليه وسلم » .

الرأى الآخر

وذهب ابن الجنيد إلى وقوع الطلاق لصحيحة حمران عن الباقر (ع) . « المخيرة تبين من غير طلاق(١) » .

التوفيق بين الرأيين

حمل أصحاب الرأى الأول حديث « المخيرة تبين من غير طلاق » على أن التخيير المراد فى الحديث ما كان بسبب غير الطلاق كتدليس ، عيب .

توكيل الزوجة فى تطليق نفسها

وأجاز الشيعة توكيل الزوج زوجته فى طلاق نفسها وغيرها كما يجوز توليها غير عقد الطلاق من العقود : لأنها كاملة الأهلية ، فلا وجه لسلب عبارتها فيه ، ولا يقدح كونها بمنزلة موجبة وقابلة فى حالة توكيلها بتطليق نفسها : لأن المغايرة الاعتبارية كافية « والطلاق مما يقبل النيابة ، فلا خصوصية للنائب . أما قوله صلى الله عليه وسلم : « الطلاق بيد من أخذ بالساق » ، فلا ينافى جواز توكيلها فى تطليق نفسها : لأن يدها مستفادة من يد الزوج فضلا عن أن دلالة الحديث على الحصر ضعيفة(٢) .

الاستثناء فى الطلاق

المذهب الحنفى

الاستثناء فى الأصل نوعان : وضعى ، وعرفى .

الاستثناء الوضعى : الاستثناء الوضعى هو أن يكون بلفظ موضوع الاستثناء وهو كلمة : إلا ، وما يجرى مجراها نحو : سوى ، وغير ، وأشباه ذلك

(١) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ٢ ص ١٤٨ .
(٢) المصدر السابق ص ١٤٩

الاستثناء العرفي

وأما الاستثناء العرفي؛ فهو تعليق بمشيئة الله تعالى: وأنه ليس باستثناء في الوضع؛ لانعدام كلمة الاستثناء، بل الموجود كلمة الشرط. إلا أنهم تعارفوا اطلاق اسم الاستثناء على هذا النوع، قال الله تعالى: «إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يستثنون»، أي: ولا يقولون: إن شاء الله تعالى، ولأن بين الاستثناء العرفي والوضعي مناسبة في معنى ظاهر لفظ الاستثناء، وهو: المنع والصرف، دون الحقيقة، فأطلق اسم الاستثناء عليه.

وبعض فقهاء الأحناف قالوا: الاستثناء نوعان: استثناء تحصيل، واستثناء تعطيل، فسمى الاستثناء الوضعي استثناء تحصيل؛ لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا. وأطلق على الإستثناء العرفي تعطيل؛ لأن به يتعطل الكلام.

تعريف الاستثناء الوضعي

الاستثناء الوضعي: هو تكلم بالباقي بعد الثنيا. ولهذا فهم من قوله تعالى: «فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما» أنه لبث تسعمائة وخمسين عاما.

الاستثناء العرفي

ويندرج تحته التعليق بالشروط سواء أكان تعليقا على شرط يمكن الوقوف عليه، ويعلم وجوده، أو كان مما لا يعلم.

شروط صحة الاستثناء

لصحة الاستثناء شرائط بعضها يعم النوعين، وبعضها يخص أحدهما أما الذي يعمهما جميعا فهو:

١ - أن يكون الاستثناء موصولا بما قبله من الكلام عند عدم الضرورة، فلو حصل الفصل بينهما بسكوت أو غير ذلك من غير ضرورة لا يصح؛ لأن الأصل أن كل كلام تام بنفسه؛ فإن كان مبتدأ وخبرا، فالأصل ألا يقف حكمه على غيره. والوقف عن الوصل لضرورة. وهي ضرورة استدراك

الغلط . والضرورة تندفع بالموصول، فلا ينقض عند عدم [illegible]
على الشرط المنقطع ، فكذا على الاستثناء المنقطع، ولأنه إذا لم يكن الكلام
موصولا لا يعتبر الأخير استثناء من المتقدم لغة ؛ لأن العرب لم تتكلم به .
ومن تكلم به لا يعدونه استثناء بل يسخرون منه . أما ما روى منسوباً
لعبد الله بن عباس من قوله : إن وصل الاستثناء بما قبله من الكلام ليس
بشرط ، فإنه يصح متصلا ومنفصلا، فهذه الرواية غير صحيحة؛ لأنه كان إماماً
فى اللغة كما كان إماماً فى الشريعة .

وأما القول بأن الاستثناء فى معنى التخصيص؛ لأن كل واحد منهما بيان
والتخصيص يصح مقارناً ، ومتراخياً ، فكذا الاستثناء يجب أن يكون
متصلا ، ومنفصلا، فهذا القول لا تسلم به على الإطلاق ؛ لأن التخصيص
المتراخى عند بعض فقهاء الأحناف ليس ببيان ، بل هو فسخ ، فلا يلزم ،
وعند بعض آخر منهم هو بيان ، لكن إلحاق البيان بالمجمل العام ،الذى يمكن
العمل بظاهره متراخياً ،مشهور عندهم، وأنه كثير النظير فى كتاب الله عز وجل .
وأما الاحتجاج بما روى من أن الرسول، صلى الله عليه وسلم، استثنى بعد فاصل
بين كلامه الأول والأخير ، وذلك فى قوله صلى الله عليه وسلم : والله لاغزون
قريشاً ، ثم قال بعد سنة : إن شاء الله تعالى ، فلا حجة فيه؛ لأن الرسول أراد
بهذا القول استدراك الاستثناء المأمور به فى كتاب الله العزيز؛ إذ قال عز وجل:
« ولا تقولن لشىء إنى فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله » أى إلا أن تقول
إن شاء الله، فنسى ذلك ، فتذكره بعد سنة ، فأمر باستدراكه بقوله سبحانه
وتعالى : « واذكر ربك إذا نسيت » ويحتمل أنه (ص) أضمر فى نفسه أمراً
وأراده فى قلبه وعزم عليه فأظهر الاستثناء بلسانه، فقال: إن شاء الله ومثل
هذا معتاد فيما بين الناس ، فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال. أما الفصل إذا
كان لضرورة فلا يعتبر فاصلا يمنع صحة الاستثناء كالفصل لضرورة النفس .

٢ — أن يكون الاستثناء مسموعاً . وقد ذكر الكرخى أن ذلك ليس

يشرط حتى لو حرك لسانه وأتى بحروف الاستثناء يصح وإن لم يكن مسموعاً .

وقال الكرخي : إن الكلام هو الحروف المنظومة ، وقد وجدت ، فأما السماع فليس بشرط لكونه كلاماً ، فإن الأصم يصح استثناؤه وإن كان لا يسمع . لكن الصحيح أن الاستثناء لا بد لصحته أن يكون مسموعاً ؛ لأن الحروف المنظومة وإن كانت كلاماً عند الكرخي لكنها في الواقع هي دلالة على الكلام وعبارة عنه لا نفس الكلام في الغالب والشاهد جميعاً فلم توجد الحروف المنظومة ههنا ؛ لأن الحروف لا تتحقق بدون الأصوات المتقطعة بتقطيع خاص . فإذا لم يوجد الصوت لم توجد الحروف ، فلم يوجد الكلام عند باقي فقهاء الأحناف ، فلم يكن استثناء .

الشروط التي تخص الاستثناء الوضعي :

١ - أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه، لا كله ؛ لأن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ، ولا يكون تكلما بالباقي إلا أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله ، ولأن الاستثناء يجري مجرى التخصيص ، والتخصيص يرد على أفراد العموم لا على الكل ؛ لأن ذلك يكون نسخاً لا تخصيصاً ، وكذا الاستثناء نسخ الحكم ، ونسخ الحكم يكون بعد ثبوته ، والطلاق بعد وقوعه لا يحتمل النسخ ، فبطل الاستثناء .

استثناء البعض من الكل :

يصح استثناء البعض من الكل ، سواء كان المستثنى أقل من المستثنى منه ، أو أكثر عند عامة العلماء ، وعامة أهل اللغة ، وروى عن أبي يوسف : أنه لا يصح استثناء الأكثر من الأقل وهو قول الفراء . ووجه قولهما : أن الاستثناء من باب اللغة ، وأهل اللغة لم يتكلموا باستثناء من الأقل ، ولأن الاستثناء وضع في الأصل لاستدراك الغلط ، والغلط يجري في الأقل لا في الأكثر

رد هذا القول :

وقد ناقش أصحاب الرأى القائل بصحة استثناء البعض من الكل، سواء كان المستثنى أقل من المستثنى منه أو أكثر ، رأى أبى يوسف والفراء، فقالوا . إن أهل اللغة قالوا الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا ، من غير فصل بين الأقل والأكثر، إلا أنه قل استعمالهم الاستثناء فى مثله: لقلة حاجتهم : لقلة وقوع الغلط فيه ، وهذا لا يكون منهم إخراجا للفظ من أن يكون استثناء حقيقة، كمن أكل لحم الخنزير. لا يمتنع أحد من أهل اللسان من إطلاق القول بأنه أكل لحم الخنزير، وإن كان يقل استعمال هذه اللفظة، لكن قلة استعمالها لقلة وجود الآكل ، لا لانعدام معنى اللفظ حقيقة ، كذا هذا .

تفريعات :

وعلى الرأى الراجح تقع طلقة بقول الزوج لامرأته : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين وتقع ثنتان لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، وتقع ثلاثا لو قال: إلا ثلاثا ؛ لأن الاستثناء لم يصح فى الحالة الأخيرة ؛ لأنه استثناء الكل من الكل ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة ، وقع الثلاث وبطل الاستثناء فى قول أبى حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : جاز استثناء الأولى والثانية ، وبطل استثناء الثالثة، وتلزمه واحدة . وعلل لرأيه هذا بأن استثناء الأولى والثانية استثناء البعض من الكل فصح ، إلا أنه لو سكت عليه لجاز ، فأما استثناء الثالثة فاستثناء الكل من الكل، فلم يصح ، فالتحق بالعدم ، فيقع واحدة .

وجهة نظر أبى حنيفة ومحمد :

قال أبو حنيفة ومحمد : إن أول الكلام فى الاستثناء يقف على آخره فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح ؛ كما لو قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثا ، ولأنه لما قال : واحدة وواحدة وواحدة فقد جمع بين الكل بحرف الجمع فصار كأنه قال إلا ثلاثا .

أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثا :

ولو قال لها : أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثا ، فإنه يقع ثلاث بالاتفاق ويبطل الاستثناء ؛ لأن الاستثناء ، إذا كان موصولا ، يقف أول الكلام على آخره . فكان الاستثناء راجعاً إلى الكل فبطل ؛ ولأنه ذكر جملتين ، وجمع بين كل جملة بحرف الجمع ، فكان استثناء الجملة من الجملة ، فلا يصح .

إذا كان لفظ الاستثناء خلاف جنس المستثنى منه :

إذا كان لفظ الاستثناء خلاف جنس المستثنى يصح الاستثناء ، ولا تطلق ، وإن أتى على جميع المسمى نحو أن يقول : نسائى طوالق إلا هؤلاء . وليس له نساء غيرهن ، فإنه يصح الاستثناء ، ولا تطلق واحدة منهن ؛ لأن الاستثناء يعتبر فيه اللفظ ، والإشارة مع التسمية مختلفان لفظاً ، فصح الاستثناء ، (بخلاف قوله : نسائى طوالق إلا نسائى) ، ولأن عند اختلاف اللفظين يكون معناه نسائى طوالق . وهـــذا معناه إضافة الطلاق إلى غير هؤلاء .

رأى آخر :

إنه لو كان عدد نسائه أربعاً وقال: نسائى طوالق الا هؤلاء . فإنه لا يصح الاستثناء ، ويطلقن كلهن؛ لأنه لا يتصور استثناء غيرهن . فصار كما لو قال : نسائى طوالق. ولا نساء له وهناك لا يصح الاستثناء ويطلقن كلهن ؛ فيصير التقدير كأنه قال : نسائى إلا نسائى طوالق، ولو قال ذلك طلقن، كذا هذا .

الاستثناء يرجع إلى جملة الكلام لا إلى القدر الذى يصح وقوعه :

لو قال رجل لزوجته : أنت طالق عشرا إلا تسعا ، يقع واحدة ؛ إذا الأصل أنه إذا تكلم بالطلاق بأكثر من الثلاث ، ثم استثنى منه ، فالاستثناء

يرجع إلى جملة الكلام لا إلى القدر الذى يصح وقوعه، وهو الثلاث خاصة، فيتبع اللفظ لا الحكم، فلا يثبت الحكم فى القدر المستثنى ويثبت فيما بقى قدر ما يصح ثبوته؛ لأنه تكلم بالباقى بعد الثنيا.

أنت طالق عشرا إلا سبعا، أو إلا خمسا:

ولو قال أنت طالق عشرا إلا سبعا، أو إلا خمسا، أو أربعا، أو ثلاثا، أو اثنتين، أو واحدة، يقع ثلاث؛ لأن الثلاث هى التى يصح وقوعها مما بقى إذ لا يزيد الطلاق على الثلاث.

الاستثناء من الاستثناء:

الأصل فى مسائل الاستثناء من الاستثناء أن لتخريجها طريقين هما:

الأول: أنه ينظر إلى الاستثناء الأخير فيجعل استثناء مما يليه، ثم ينظر إلى ما بقى منه فيجعل ذلك استثناء مما يليه، وهكذا إلى الاستثناء الأول ثم ينظر إلى الباقى من الاستثناء الأول فيستثنى ذلك القدر من الجملة الملفوظة فما بقى منها فهو الواقع. فإذا قال رجل لزوجته أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة تستثنى الواحدة من الثلاثة يبقى اثنتان يستثنيها من الثلاثة فتبقى واحدة. كأنه قال: أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين، وهكذا[1].

الثانى: أن يرجع إلى عقد اليد، وهو أن تعقد العدد الأول بيمينك، والثانى بيسارك، والثالث تضمه إلى ما فى يمينك، والرابع بيسارك تضمه إلى ما بيسارك، ثم تطرح ما اجتمع فى يسارك من جملة ما اجتمع فى يمينك، فما بقى فى يمينك فهو الواقع[2].

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى ج ٣ ص ١٥٦، ١٥٧.

(٢) المصدر السابق.

المذهب المالكى

الاستثناء فى الطلاق

الاستثناء الوضعى

قال المالكية بصحة الاستثناء فى الطلاق بإلا وأخواتها، وهى: سوى، وخلا، وعدا، وحاشا، بشروط هى :

شروط صحة الاستثناء

يشترط المالكية لصحة الاستثناء بإلا وأخواتها ما يأتى :

١ – الاتصال، بمعنى أنه يتصل المستثنى بالمستثنى منه، وهو المحلوف به، فلو فصل بينهما بالمحلوف عليه ضر، كما لو قال : أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار إلا اثنتين . وقال بعض المالكية : المراد بالاتصال هو أن يتصل بالمحلوف به، أو المحلوف عليه نحو : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إن دخلت الدار، أو أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار إلا اثنتين . وهما قولان فى المذهب[1] .

ولا يضر الانفصال الاضطرارى كالفصل بسعال وللتنفس وما ماثله لأن هذا فى حكم المتصل .

٢ – ألا يستغرق المستثنى المستثنى منه فان استغرقه نحو أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا بطل الاستثناء، ولزم المستثنى منه كله ولا فرق بين المستغرق بالذات، أو التكميل كطالق ثلاثا إلا اثنتين وربعاً .

٣ – أن يقصد الاستثناء والإخراج، فان جرى الاستثناء على لسانه من غير قصد بطل الاستثناء ولزوم المستثنى منه كله .

٤ – أن يتلفظ بالاستثناء وينطق به، ولو سراً، إلا إذا كان الحلف

(١) الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٨٨ .

متوثقاً به فى حق من الحقوق فلا ينفع الاستثناء إذا كان سراً ؛ لأن اليمين على نية المحلف .

فـروع :

وفرع المالكية على ما تقدم من الشروط فقالوا : فى ثلاث إلا ثلاثا إلا واحدة تقع اثنتان : لأن استثناء الثلاث من نفسها لغو فصار كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة . ولو قال رجل لزوجته : أنت طالق البتة إلا اثنتين إلا واحدة لزمه اثنتان ، لأن البتة ثلاث والاستثناء من النفى إثبات له وعكسه فقوله بتة إثبات لثلاث طلقات وقوله . إلا اثنتين ، نفى اخرج منه بقى واحدة ثم أثبت من الاثنتين واحدة فتضم الأولى فاللازم اثنتان .

أنت طالق واحدة واثنتين إلا اثنتين :

وقال المالكية بوقوع طلقة واحدة فى قول الرجل لامرأته : أنت طالق واحـــدة ، واثنتين إلا اثنتين، إن كان الاستثناء من الجميع (المعطوف والمعطوف عليه) ؛ لأنه اخرج اثنتين من ثلاث فالباقى واحدة وإذا اعتبرنا الإخراج ليس من الجميع (المعطوف والمعطوف عليه) بل من الأول ، أو من الثانى ، أو لا نية له، فالواقع ثلاث فى الصور الثلاث على الراجح فى الصورة الثالثة ؛ لبطلان الاستثناء فى الأولين : لاستغراقه ، واحتياطاً للفروج فى الصورة الثالثة — وقيل يلزمه طلقة واحدة فى الصورة الثالثة[1] .

ما زاد على الثلاث لا يعتبر :

ولو كان المستثنى منه أزيد من عدد الثلاث الطلقات، فهل يعتبر فى الاستثناء أو يلغى ويعتبر الاستثنـاء من ثلاث فقط ؟ رأيان لسحنون ... الأول :

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٨٩ .

إلغاء ما زاد على الثلاث ، فلا يستثنى منه ؛ لأنه معدوم شرعاً ، فهو كالمعدوم حساً . والرأى الثانى هو اعتبار الزائد عن الثلاث ، فيستثنى منه ؛ نظراً لوجوده لفظاً ؛ فإذا قال رجل لزوجته : أنت طالق خمساً إلا اثنتين فعلى الأول يلزمه واحدة ، وعلى الثانى يلزمه ثلاث . والرأى الثانى هو الأرجح . وقد رجع اليه سحنون ، واستظهره ابن رشد ، قال فى التوضيح . وهو الأقرب ، وقال ابن عبد السلام : أنه هو الأقوى فى النظر (١) .

المذهب الشافعى

الاستثناء فى الطلاق

حكمه

جوز الشافعية الاستثناء فى الطلاق ؛ لوروده فى القرآن والسنة وكلام العرب . وهو الإخراج بإلا أو إحدى أخواتها ، ثم قسموه إلى ضربين : ضرب يرفع العدد لا أصل الطلاق كالاستثناء بإلا أو إحدى أخواتها ، وضرب يرفع أصل الطلاق كالتعليق بالمشيئة . وهذا يسمى استثناء شرعياً لاشتهاره فى عرف الشرع . وسميت كلمة المشيئة استثناء لصرفها الكلام عن الجزاء والثبوت حالا من حيث التعليق بما لا يعلمه إلا الله .

شروط صحة النوع الأول :

والاستثناء الذى يرفع العدد لا أصل الطلاق له شروط هى :

١ - اتصال لفظ المستثنى بالمستثنى منه عرفا بحيث يعد كلاما واحداً ، ولا يضر فى الاتصال سكتة تنفس ، وعى ، أو تذكر ، أو انقطاع صوت ؛ لأن ذلك لا يعد فاصلا بخلاف الكلام الأجنبى ولو يسيراً

٢ - نية الاستثناء . فلا يكفى التلفظ به من غير نية ، بل لا بد من أن ينوى قبل فراغ اليمين فى الأصح .

(١) المصدر السابق

٣ — التلفظ بالاستثناء بحيث يسمع نفسه عند اعتدال سمعه . فلا يكفى أن ينويه بقلبه ، ولا أن يتلفظ به من غير أن يسمع نفسه، فإن ذلك لا يؤثر ظاهراً قطعاً ولا يدين على المشهور .

٤ — ألا يستغرق المستثنى المستثنى منه ، بمعنى أن يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله حتى لا يفضى إلى اللغو : فلو قال الرجل لزوجته : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين وواحدة تقع واحدة ـ ويلغو ما حصل به الاستغراق ، وهو واحدة المعطوفة على ثنتين : لحصول الاستغراق بها ، بناء على عدم جمع العدد المعطوف بعضه على بعض . وقيل يقع ثلاث بناء على جمع المستثنى فيكون مستغرقا، فيبطل الاستثناء .

ولو قال : أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة فتقع واحدة ، ويلغو استثناء الواحدة من الواحدة لاستغراقه . وقيل يقع ثنتان بناء على جمع المستثنى منه ، فتكون الواحدة مستثنى من الثلاث .

ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة طلقت واحدة لجواز الجمع ؛ إذ لا استغراق . ولو قال : أنت طالق واحدة ثم واحدة ، بل واحدة لا واحدة وقع ثلاثا جزما ؛ لأنه استثنى واحدة من واحدة وهو مستغرق فلا يجمع .

تنبيه

الاستثناء من نفى إثبات، ومن إثبات نفى ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثنتين إلا طلقة ، فثنتان ؛ لأن المستثنى الثانى مستثنى من الأول، فيكون المستثنى فى الحقيقة واحدة . ولو قال أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا اثنين ، فثنتان تقع ، وقيل ثلاث ؛ لأن الاستثناء الأول مستغرق فيلغو ، والثانى مرتب عليه فيلغو، أيضاً ، وقيل تقع طلقة؛ لأن الاستثناء الثانى صحيح فيعود إلى أول الكلام .

ولو قال : أنت بائن إلا بائنا أو إلا طالقا، ونوى بأنت بائن الثلاث ، وقع طلقتان ، اعتبارا بنيته ، فهو كما لو تلفظ بالثلاث واستثنى واحدة[1] .

لو زاد المطلق على العدد الشرعى

لو زاد المطلق على العدد الشرعى من الطلاق واستثنى انصرف الاستثناء إلى اللفظ المذكور، لا إلى العدد الشرعى ؛ لأن الاستثناء لفظى ، فيتبع فيه موجب اللفظ ، فلو قال رجل لزوجته : أنت طالق خمسا إلا ثلاثا تقع طلقتان ، ولو قال لها : أنت طالق أربعا إلا ثلاثا وقعت طلقة ، وهكذا . ولو قال لها : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا فثلاث تقع بناء على أن المستثنى منه لا يجمع مفرقه[2] .

المذهب الحنبلى

الاستثناء فى الطلاق

شروط صحة الاستثناء

اشترط الحنابلة لصحة الاستثناء بإلا أو إحدى أخواتها ، وهى : غير ، وسوى ، وليس ، وعدا ، وخلا ، وحاشا ، ما يأتى :

١ ـ ألا يكون المستثنى مستغرقا للمستثنى منه : لأنه يرفع حكم اللفظ كله ، فيصير الجمع لغوا ، فلا يصح هذا فى اللغة بالاتفاق ، وإذا كان كذلك سقط الاستثناء ووقع الطلاق : فمن قال لزوجته: أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ، أو طلقة لا تلزمك وقع فى الأول ثلاث وفى الثانى طلقة .

٢ ـ ألا يكون المستثنى أكثر من الباقى بعد الاستثناء فمن قال لزوجته :

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٣٠٢ وأسنى المطالب شرح روض الطالب جـ ص ٢٩٢ ، ٢٩٣ .

(٢) المصادر السابقة .

أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين وقع ثلاث - فإذا ساوى المستثنى ما بقى بعد الاستثناء ، كأن يقول لزوجته : أنت طالق طلقتين، إلا طلقة فقيه وجهان .

٣ — أن يتلفظ بالاستثناء فإذا طلق زوجته بلسانه واستثنى شيئاً بقله وقع الطلاق ، ولم ينفعه الاستثناء ؛ لأن العدد نص فيما تناوله لا يحتمل غيره ، فلا يرتفع بالنية ماثبت بنص اللفظ ؛ فإن اللفظ أقوى من النية .

الاستثناء من الاستثناء

والاستثناء من الاستثناء لا يصح منه عند الحنابلة فى الطلاق إلا مسألة واحدة على اختلاف فيها، وهى قوله : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة . فإنه يصح إذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقتان . ورد الحنابلة على اعتراض ملخصه : أنه كيف تجيزون استثناء الاثنتين من الثلاث وهى أكثرها : فقالوا : لقد أجزنا ذلك ؛ لأنه لم يسكت عليهما ، بل وصلهما بأن استثنى منها طلقة ؛ فصار عبارة عن واحدة .

٤ — اتصال المستثنى بالمستثنى منه اتصالا معتادا ، ولا يضر الفاصل للضرورة ، كسعال وعى ونحوه ، فالكلام، فى هذه الحالة ، متصل حكما .

٥ — أن ينوى الاستثناء ، فلو جرى على لسانه عفوا دون أن ينوى الاستثناء لم يعتد به[١] .

التفريق بعدم الانفاق على الزوجة ، وبالعيب

وبسبب الضرر ، والغيبة ، والحبس

اقتضت حكمة الشريعة الغراء أن يكون الطلاق بيد الزوج لمعان كثيرة كلها تدور حول الحفاظ على دوام عقد الزواج وإحاطة الحياة الزوجية

(١) منتهى الإيرادات للبهوتى ج ٣ ص ١٤٥ .

بجو من الاستقرار والهدوء . وتحقيقا للعدالة بين الزوجين ونتاجهما البشرى من بنين وبنات . واتماما لهذه العدالة أعطى الشارع للزوجة الحق فى المطالبة بالتفريق بينها وبين زوجها اذا كان به عيب من العيوب التى تفوت بها ثمرات الزواج ، أو تختل بها عشرة الزوجية ، أو كان الزوج معسرا بالنفقة ، أو ممتنعا من الإنفاق عليها بغير حق ، أو اذا لقيت من زوجها رهقا ، وعنتا ، أو أصبح يضارها ويؤذيها وامتنع عن طلاقها بالمعروف ؛ فإن امتناعه فى هذه الحالات عن طلاقها يعتبر ظلما ، ويجب على القاضى أن يخلصها منه ، ويفرق بينها وبينه ؛ لأن مهمة القضاء هى رفع الظلم ، واحقاق الحق ، والنظر فى مصالح الناس ... الدينية ، والدنيوية .

وسنذكر الحالات التى يجوز للقاضى أن يطلق فيها الزوجة على زوجها بناء على طلبها وهى :

١ — التطليق لعدم الإنفاق .

٢ — التطليق لعيب بالزوج .

٣ — التطليق للضرر .

٤ — التطليق لغيبة الزوج عن زوجته بلا عذر مقبول .

٥ — التطليق لحبس الزوج .

التطليق لعدم الإنفاق

المذهب الحنفى

المذهب الحنفى لا يجيز التطليق

المذهب الحنفى لا يجيز تطليق الزوجة على زوجها بسبب إعساره بنفقتها أو امتناعه من الإنفاق عليها . ويرى أنه إذا كان الزوج معسرا استدانت الزوجة عليه بأمر القا[illegible] وأن كان ممتنعا من الإنفاق عزره القاضى وحبسه .

أدلة الأحناف

استدل الحنفية على مذهبهم بالكتاب ، والسنة ، والمعقول :

فمن الكتاب : قول الله تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها، سيجعل الله بعد عسر يسرا(١) » .

كما استدلوا بقوله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة(٢) » .

وجه الاستدلال

الآية الأولى : أبانت أن الإنفاق على الزوجة حسب القدرة والسعة . وأن من ضيق عليه فعليه الإنفاق قدر طاقته ، وأن الزوج لا يكلف الا بقدر ما أعطاه الله من الرزق . وليس فى الآية ترتيب آثار ضد الزوج نتيجة عدم إنفاقه على زوجته لاعساره .

والآية الثانية . نصت على أن من أعسر فعلينا تأخيره وإمهاله ؛ فالنظرة اسم من الإنظار، وهو الإمهال: يقال نظره وانتظره ، وتنظره ، تأنى عليه وأمهله . وهذا الحكم عام فى كل دين ، ومنه دين النفقة .

ومن السنة

كما قال الأحناف : إنه لم ينقل عن الرسول، صلى الله عليه وسلم، أنه طلق الزوجة على زوجها لإعساره أو امتناعه عن الإنفاق على زوجته مع العلم أن أكثر الصحابة رضوان الله عنهم أجمعين كانوا فقراء معسرين . كما لم يثبت عن النبي، صلى الله عليه وسلم، أن التفريق حق للزوجة فى هذه الحالة، فدل ذلك على عدم جواز التفريق للإعسار وعدم الإنفاق .

---

(١) الآية رقم ٧ من سورة الطلاق .

(٢) الآية رقم ٢٨٠ من سورة البقرة .

المعقول : قال الأحناف: إن عدم إنفاق الزوج على زوجته إن كان لفقره، وعجزه عن الإنفاق عليها فهو معذور، فلا ظلم منه لزوجته ، ويجب انتظار ميسرته ، وتفرض عليه النفقة، وتستدين عليه الزوجة ، وبرجع من يدينها على زوجها إذا أيسر. فيكون تطليق زوجته عليه ظلما فى هذه الحالة . وإن كان عدم إنفاقه عليه تعنتا مع يساره يحبسه القاضى حتى ينفق عليها . وبذلك تتمكن الزوجة من الحصول على نفقتها .

المذهب المالكى

التطليق للإعسار

تطليق المرأة لعجز زوجها عن النفقة:

أجاز المالكية التطليق لعدم الإنفاق فقالوا : إن للزوجة الحق فى طلب فسخ العقد بطلقة رجعية إن عجز زوجها عن نفقة حاضرة . ومثلها الكسوة . ولها أن تبقى معه إن عجز عن نفقة ماضية بشرط ألا تكون عالمة ، عند العقد ، أنه فقير معسر وإلا فليس لها الفسخ حينئذ إلا إذا كان مشهورا بالعطاء وانقطع . وكذلك لا حق لها فى الفسخ إذا علمت أنه من السؤال الطائفين بالأبواب ودخلت على ذلك راضية به ، الا اذا تركه فلها الفسخ .

قال الدسوقى فى حاشيته : وحاصل فقه المسألة : أن الزوج إذا امتنع من النفقة ، وطولب بها فإما أن يدعى الملاءة ، ويمتنع من الإنفاق ، واما ألا يجيب بشيء واما ان يدعى العجز . فإن لم يجب بشيء طلق عليه حالا . وإن قال أنا موسر ولكن لا أنفق : فقيل : يعجل عليه الطلاق ، وقيل يحبس ، وإذا حبس ولم ينفق طلق عليه . وهذا كله إذا لم يكن له مال ظاهر ، وإلا أخذ منه . وإن ادعى العجز فإما أن يثبت العجز أولا . فإن لم يثبت العجز فيقال له : طلق أو أنفق . فان امتنع من الطلاق والإنفاق ، فقيل يتلوم له (أى يمهل) ثم يطلق عليه ، وقيل لا يتلوم له (أى لا يمهل) بل يطلق عليه حالا ، والثانى هو المعتمد . وإن أثبت عسره تلوم له على المعتمد ثم يطلق عليه[1] بعد فراغ مدة التلوم وعدم وجدان النفقة والكسوة » .

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ج٢ ص ٥١٨ ، ٥١٠ .

ما تقدم كان فى الزوج الذى ثبت عسره وتلوم له ، حاضرا . أما الغائب الذى لم يوجد عنده ما يقابل النفقة فالرأى المعتمد فى المذهب أنه يطلق عليه للعسر بالنفقة ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، وسواء دعى إلى الدخول أولا ، خلافا لما فى بهرام ، حيث قال : لابد من دخوله . أو دعوته له — فالمعتمد فى المذهب أن الدخول والدعوة له إنما يشترط فى إيجاب النفقة على الزوج إذا كان حاضرا لا غائبا .

كيفية إثبات عسر الغائب

والغائب يثبت عسره إذا لم يوجد عنده ما يقابل النفقة فإذا لم يعلم محله ومكانه أو كانت غيبته عشرة أيام فأكثر تلوم (أى أمهل) له الحاكم بما يراه من مدة من غير تحديد بيوم أو أكثر ولا يؤمر بالنفقة بحيث يقال له إما أن تنفق أو تطلق إذ لا فائدة فى أمره بها لأن الغرض ثبوت عسره . أما إذا كانت غيبته قريبة كثلاثة أيام فانه يعذر إليه بأن يرسل إليه : إما أن تنفق على زوجتك ، أو يطلق عليك .

إذا كان الزوج يملك ما يمسك الحياة

وقال المالكية : إذا وجد الزوج ما يمسك عليه الحياة خاصة فانه يطلق عليه إذ لا صبر للزوجة على مثل ذلك عادة .

لا تطليق إذا وجد القوت

أما إن قدر على القوت كاملا ولو من خشن المأكول ، أو خبز بغير أدم ، فلا تطلق عليه . وكذلك لو وجد من الكسوة ما يوارى جسدها ولو من الخيش ، أو الصوف ، أو دون ما يلبسه فقراء بلدتها . ولو كانت غنية لا تلبس مثل هذا الموجود . وهذا هو الرأى المشهور ، خلافا لأشهب .

الطلاق للإعسار رجعى

للزوج الذى طلق الحاكم عليه لاعساره مراجعة زوجته المدخول بها إن وجد فى العدة يسارا يقوم بواجب مثلها ، عادة ، لا دونه . وإلا فليس له الرجعة . بل لا تصح ، ولو رضيت ، كما فى السليمانية عن سحنون . خلافا لمن

قال بصحة الرجعة فى هذه الحالة ان رضيت ؛ لأن الطلقة التى أوقعها الحاكم إنما كانت لاجل ضرر فقره ، فلا يمكن من الرجعة إلا إذا زال موجب الطلقة وهو الإعسار[١] .

المذهب الشافعى

التطليق لعدم الإنفاق

يرى الشافعية ، فى الرأى الراجح عندهم ، كما يرى المالكية ، أن للزوجة حق طلب تطليقها من زوجها إذا أعسر هو ، أو من يقوم مقامه من فرع أو غيره ،عن، نفقتها المستقبلة ، كأن يتلف ماله مثلا .

امتناع الموسر عن النفقة

أما الموسر فإذا امتنع عن الإنفاق على زوجته وطلبت التطليق فالأصح أن لا فسخ سواء كان زوجها حاضرا أو غائبا لتمكنها من تحصيل حقها بالحاكم ، أو بيدها إن قدرت ، فإن لم يعرف مكان إقامة الزوج بأن غاب وانقطع خبره فنقل الزركشى عن صاحبي المهذب والكافى وغيرهما أن لها الفسخ . ونقل الروياني فى التجربة عن نص الأم أنه لا فسخ مادام الزوج موسرا،وإن غاب غيبةمنقطعة،وتعذر استيفاء النفقةمن ماله. قال الاذرعى: وغالب ظنى الوقوف على هذا النص فى الأم ، فإن ثبت له نص يخالفه فذاك ، وإلا فمذهبه المنع بالتعذر كما رجحه الشيخان . وقال صاحب مغنى المحتاج : وهذا أحوط ، والأول أيسر[٢] .

إذا جهل حال الزوج :

إذا غاب الزوج وجهل حاله فى اليسار والإعسار ، فلا فسخ : لأن السبب لم يتحقق . وقال الرافعى : لو شهدت البينة أنه غاب معسرا فلا فسخ كما

---

(١) المصدر السابق ص ٥١٩ .

(٢) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٤٤٢ وراجع اسنى المطالب شرح روض الطالب [illegible]

أفتى به ابن الصلاح ؛ استصحابا لدوام النكاح . فلو شهدت باعساره الآن بناء على الاستصحاب جاز لها ذلك إذا لم تعلم زواله ، وجاز الفسخ حينئذ . فإن عاد الزوج وادعى أن له مالا بالبلد خفى على بينة الإعسار ، لم يؤثر إلا أن يثبت أنها تعلمه ، ويقدر عليه ، فيتبين بطلان الفسخ . قاله الغزالى فى فتاويه .

الزوج موجود — والمال غائب

ولو حضر الزوج ، وغاب ماله ، فإن كان غائبا بمسافة القصر فأكثر فللزوجة الفسخ ، ولا يلزمها الصبر ؛ للضرر ، كما فى نظيره من فسخ البائع عند غيبة الثمن . ولو طلب الإمهال لإحضار المال ، وكان دون مسافة القصر ، فلا فسخ لها ، ويؤمر بالإحضار بسرعة ؛ لأن ما دون مسافة القصر كالحاضر فى البلد .

تنبيـــه

ما تقدم إذا لم ينفق الزوج على زوجته بنحو استدانة ، فإن انفق فلا فسخ لها .

تبرع شخص بالنفقة

ولو تبرع أجنبى بالانفاق على الزوجة بدلا من زوجها المعسر فلها الفسخ ولا يلزمها القبول ؛ منعا للضرر عنها . اما اذا كان المتبرع بالنفقة أبا أو جدا والزوج تحت حجره ، وجب عليها القبول ، كما قال الاسنوى . وألحق به الأذرعى ولد الزوج وسيده .

رأى آخر

حكى ابن كج أنه لا خيار لها لوكان المتبرع بالنفقة أجنبيا عن الزوج . وبه أفتى الغزالى ؛ لأن المنة على الزوج لا عليها . وكذلك لو سلم المتبرع

النفقة للزوج ثم سلمها الزوج للزوجة لم يفسخ كما صرح بذلك الخوارزمى[1].

المذهب الحنبلى

التطليق لعدم الإنفاق

المعسر

أجاز الحنابلة لزوجة الرجل اذا أعسر أن تبقى معه ، وتصبح نفقتها دينا فى ذمته ، وبين أن تطلب إلى القاضى تطليقها على زوجها لاعساره .
وقرر الحنابلة: أنه يستوى، فى الإعسار، أن يعسر بالقوت والمسكن، أو بأحدهما، أو اذا صار الزوج لايجد النفقة لزوجته الا يوما دون يوم ؛ لأن الضرر يلحق الزوجة فى كل ذلك ، فالبدن لايقوم بدون كفايته « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » والإمساك مع ترك النفقة ليس امساكا بالمعروف .
ولحديث أبى هريرة مرفوعا : « فى الرجل لا يجد ماينفق على امرأته قال: يفرق بينهما » . رواه الدار قطنى . وقال ابن المنذر : ثبت أن عمر كتب إلى امراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم أن ينفقوا، أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى .. وقال الحنابلة : إن الضرر الذى يصيب المرأة لعدم الإنفاق عليها أقل من الضرر الذى يصيب المعسر بتطليق زوجته عليه فتملك الزوجة الفسخ لهذا السبب فورا ، ومتراخيا ؛ لأنه خيار لدفع ضرر فأشبه خيار العيب فى البيع .

لو رضيت بالإعسار لا يسقط حقها فى الفسخ

وقال الحنابلة: لو رضيت المرأة بعسرة زوجها ؛ أو تزوجته عالمة بعسرته فلها الفسخ ؛ لأن النفقة تتجدد يوما بيوم .

---

(١) تراجع المصادر السابقة ذات الجزء والصفحة .

امتناع الزوج الموسر من الإنفاق

لو امتنع موسر من الانفاق على زوجته ، ولم تقدر أخذ ما وجب لها من نفقة وكسوة أو بعضها من ماله . فلها رفع أمرها إلى حاكم فيأمره بدفعه لها ، فإن امتنع اجبره الحاكم على الدفع ، فإن أبى حبسه حتى يدفع النفقة. فإن غيب ماله وصبر على الحبس ، فللزوجة الفسخ : لتعذر النفقة عليها من جهته كالمعسر .

غياب الموسر وتعذر النفقة

ولو غاب موسر وتعذر الانفاق على زوجته بأن لم يترك لها نفقة ، ولم يظهر له مال، ولم يمكنها تحصيل نفقتها باستدانة وغيرها، فلها الفسخ : لتعذر الانفاق عليها من ماله كحال المعسر بل أولى ، ولأن فى الصبر ضررا أمكن إزالته بالفسخ فوجب إزالته دفعا للضرر .

لابد فى الفسخ من حكم الحاكم

الفسخ للاعسار ، أو للامتناع عن الانفاق ، لابد من طلب الزوجة الفسخ ، وقضاء الحاكم به[1] .

المذهب الظاهرى

التطليق لعدم الإنفاق

لا تطليق لإعسار الزوج

لا يرى الظاهرية التطليق لعدم الإنفاق على الزوجة للإعسار فقد قالوا : ان عجز الزوج عن نفقة نفسه ، وامرأته غنية كلفت الإنفاق عليه ، ولا ترجع بشيء من ذلك إن أيسر ، إلا أن يكون عبدا فنفقته على سيده لا على امرأته . واستدلوا لرأيهم بقوله تعالى : (وعلى المولود له رزقهن كسوتهن بالمعروف . لا تكلف نفسا إلا وسعها . لا تضار والدة بولدها ،

(١) منتهى الارادات للبهوتى جـ ٣ ص ٢٥٣ .

ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك) قال علي: الزوجة وارثة فعليها نفقته بنص القرآن[١] .

المذهب الشيعي الامامي

لا تطليق بسبب الإعسار

لم أطلع على نص عند الشيعة الإمامية يفيد جواز تطليق القاضي المرأة على زوجها بسبب امتناعه من الانفاق عليها أو بسبب اعساره . بل كل ماقرأته أنهم أوجبوا على الحاكم أن يجبر الزوج الممتنع عن الانفاق على زوجته على أن ينفق ، وله أن يبيع من ماله جبراً عليه ، لينفق منه على الزوجة[٢] .

مجمل أدلة من قال بجواز التطليق لعدم الإنفاق

استدل جمهور الفقهاء على مذهبهم بالكتاب، والسنة ،وفعل الصحابة، والمعقول .

الكتاب

فمن الكتاب قوله تعالى: « وإذا طلقتم النساء ، فبلغن أجلهن، فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف. ولاتمسكوهن ضراراً لتعتدوا . ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه »[٣] .

وجه الاستدلال

الآية وإن كانت واردة فى المطلقات فإنها تدل على أن الإمساك بالمعروف إذا فات وقت قيام الزوجية بين الزوجين حقيقة ؛ لعدم إنفاق الزوج على زوجته ؛ إما لعجزه عن الانفاق ، أو لامتناعه عن الإنفاق مع يساره

---

(١) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٩٢ ، ٩٣ ، ٩٥ مسألة رقم ١٩٣٠ .
(٢) الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ٢ ص ١٤٥ .
(٣) الآية رقم ٢٣٠ من سورة البقرة .

يجب على الزوج أن يطلقها ؛ لأن فى بقاء الزوجية واستمرارها مع عدم إنفاقه على الزوجة اضرارا بها . فان لم يفعل ذلك ناب القاضى عنه فى الطلاق إذا طلبت الزوجة منه ذلك دفعا لظلمه ، ومنعا من الاضرار بها .

السنة

حديث أبى هريرة مرفوعا : « فى الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما » رواه الدارقطنى

فعل الصحابة

قال ابن المنذر ثبت أن عمر كتب إلى امراء الأجناد فى رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا ، فان طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى .

المعقول

القاعدة العامة المقررة فى الشريعة الاسلامية : لا ضرر ولاضرار . كما ورد بذلك الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «لاضرر ولاضرار» وإمساك الزوج زوجته من غير أن يقوم بالانفاق عليها ضرر بها فيزال هذا الضرر بأن يطلقها القاضى من زوجها إن أبى هو طلاقها . وقال الجمهور : إنه ثبت جواز التطليق على الزوج لبعض العيوب التى تظهر فيه عجزا عن مباشرة الحياة الجنسية ، كالجبة والعنة والخصاء ، فبطريق الأولى أن يطلقها بسبب عجز الزوج عن الانفاق على زوجته ، أو لامتناعه عن الانفاق عليها مع يساره وقدرته ؛ لأن الحاجة إلى النفقة متجددة كل يوم ، ويتوقف بقاء الانسان وحياته على النفقه ، وليس الأمر كذلك فى المباشرة الجنسية .

مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور

ناقش الحنفية ومن معهم أدلة الجمهور فقالوا :

إن القول بأن هناك حالات يثبت فيها العجز عن مباشرة الحياة الجنسية وأجيز بسببها التطليق كالجب ، والعنة ، والخصاء ، فبطريق الأولى أن يطلقها

القاضى بسبب عجز الزوج عن الانفاق ، أو الإمتناع عنه مع يساره . أجيب بأن الطلاق بسبب العيوب المذكورة متعين لدفع الضرر عن الزوجة ؛ لأن هذه عيوب وأوصاف دائمة ملازمة غير زائلة بخلاف الفقر ، والعجز عن الانفاق، فإنه أمر طارىء زائل لا دوام له؛ إذ لا غنى يدوم ، ولا فقر يبقى، فالقياس إذن قياس مع الفارق.. ومع هذا فلا سبيل إلى دفع الضرر بسبب العيوب الدائمة كالجب والعنة سوى الطلاق. أما عدم الانفاق فيمكن دفعه بغير الطلاق ، بفرض النفقة عليه ، وتستدين بأمر القاضى ، فلو جعلنا كل من افتقر فسخت عليه زوجته لعم البلاء وتفاقم الشر ، وفسخت انكحة كثيرة ، وكان الفراق بيد أكثر النساء، فمن ذا الذى لم تصبه عسرة، ولم تعوزه النفقة أحيانا . ويمكننا منع الظلم عن المرأة بحبس الغنى المماطل فى دفع النفقة لزوجته وتعزيره .

القانون

وقد جعل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ فى مواده من الرابعة حتى السادسة الحق للمرأة فى التطليق لعدم إنفاق زوجها عليها ، أو لإعساره ، وجعل الطلاق الذى يصدر من القاضى فى هذه الحالة طلاقا رجعيا (م — ٦ من القانون) وألحقت المادة الخامسة زوجة الغائب، والمسجون، بزوجة المعسر فى أن لها الحق أن تطلب التطليق لعدم الإنفاق بشرط ألا يكون لهما مال ظاهر تستطيع الزوجة منه أن تنفق على نفسها. ولم يحدد القانون مدة الغيبة، ولا مدة الحبس ، بل جعل للقاضى حق التطليق بعد الإعذار إلى الزوج وانتهاء المدة المضروبة له ان كان محل اقامته معروفا(١) .

---

(١) جاء فى تعليمات وزارة العدل الخاصة بالمادة الرابعة المذكورة مانصه :

« تضمنت هذه المادة بيان الأحوال التى يطلق فيها القاضى على الزوج الحاضر الذى ليس له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه وهى :

١ — إذا تصادق الطرفان على الإعسار ، أو أنكرته الزوجة ، واثبته الزوج . وفى هذه الحالة يمهل مدة لا تزيد على شهر ، فإن أنفق فلا تطليق ، وإلا طلق عليه القاضى بقوله : فسخت نكاحك منه ، أو طلقتك منه .

التطليق بسبب العيب

المذهب الحنفي

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الزوجة إذا وجدت بزوجها عيبا من العيوب التناسلية، كالعنة ، والجب ، والخصاء ، فلها خيار الفسخ، وذلك بأن ترفع أمرها إلى القضاء طالبة الفرقة بينها وبين زوجها ، حتى إذا ثبت

= ٢ ــ إذا ادعى الاعسار ولم يثبته لا بمصادقة ، ولا ببينة .

٣ ــ إذا سكت ولم يقل إنى معسر أو موسر وأصر على عدم الانفاق و بالأولى اذا قال : إنى موسر ، وأصر على عدم الانفاق . وفى هاتين الحالتين الأخيرتين طلق عليه القاضى، بدون إمهال ، بإحدى الصيغتين السابق ذكرها .

وفى كل الأحوال لابد من طلب الزوجة التطليق .

وملخص التعليمات الخاصة بالمادة الخامسة ما يأتى :

١ ــ اذا غاب الزوج غيبة قريبة ولم يترك لزوجته نفقة ورفعت أمرها الى القضاء فإن كان له مال ظاهر وهو ما يمكن التنفيذ فيه بالطرق المعتادة نفذ حكم النفقه فيه .

(٢) وإن لم يكن له مال ظاهر ، ورفعت أمرها للقضاء طالبة التطليق لعدم الانفاق ، فبعد أن يثبت للمحكمة غيبته ، وزوجيتها ، وتركها بلا نفقة ، وعدم وجود مال ظاهر له ضرب القاضى أجلا للغائب بحسب ما رآه وأعذر اليه أنه اذا لم يرسل فى تلك المدة للزوجة ما تنفق منه على نفسها ، أو اذا لم يحضر للإنفاق ، يطلق عليه زوجته . وتقرر المحكمة تكليف قلم الكتاب بإعلانه بصورة الإعذار . فإن مضى الأجل المضروب له ولم يرسل لزوجته ما تنفق منه ، ولم يحضر للإنفاق عليها ، وتحققت المحكمة من وصول الاعلان اليه ، طلقها القاضى .

٣ ــ اذا غاب الزوج غيبة بعيدة ، ولم يكن له مال ظاهر . وثبتت دعواها، طلقها القاضى عليه بدون ضرب أجل له ولا اعذار اليه .

٤ ــ اذا غاب الزوج غيبة بعيدة ، ولم يدر مكانه ورفعت زوجته أمرها للقضاء طالبة الفرقة لعدم الانفاق ، ولعدم وجود مال ظاهر له ، طلقتها المحكمة بدون ضرب أجل ، ولا اعذار ، متى أثبتت دعواها .

٥ ــ ومثل الغائب غيبة بعيدة المفقود .

٦ ــ اذا كان الزوج مسجونا ، ولم يكن له مال ظاهر ، ورفعت الزوجة الأمر الى القضاء طالبة الفرقة لاعساره ، وأثبتت ذلك ، طلقت المحكمة عليه بعد ضرب الأجل والاعذار كما فى الحالة الثانية ــ .

تنبيــه :

يعتبر الزوج غائبا غيبة قريبة اذا كان بمكان يسهل وصول قرار المحكمة بضرب الأجل اليه فى مدة لاتتجاوز تسعة أيام . ويعتبر غائبا غيبة بعيدة من ليس كذلك .

ما ادعته من وجود عيب من هذه العيوب بزوجها بأى طريق من طرق الإثبات حكم لها القاضى بالتفريق بينهما بناء على طلبها ؛ لأن مقاصد الزواج الأصلية من التوالد والتناسل لا تتحقق مع هذه العيوب ، ولأن هذه العيوب دائمة، ولا يمكن تلافى الضرر الناشيء عنها إلا بالفرقة بين الزوجين، والزوجة ليس بيدها الطلاق حتى تستطيع أن تدفع عن نفسها الضرر بأن تطلق نفسها منه .

الفرقة طلاق بائن

يرى الحنفية والمالكية أن تفريق القاضى بين الزوجين هنا فى هذه الحالة طلاق بائن فينقص به عدد الطلقات التى يملكها الزوج، وعلل الأحناف لرأيهم بقولهم : لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة[1] .

الفرقة فسخ لا طلاق

ويرى الشافعية والحنابلة أن الفرقة الحاصلة فى هذه الحالة هى فسخ للعقد لا يترتب عليها نقص عدد الطلاق ؛ لأن الفرقة جاءت من جهتها .

الزوجة لا يفسخ نكاحها بالعيوب

واتفق فقهاء الحنفية على أن الزوج إذا وجد زوجته معيبة بأى عيب تناسلى[2] أو غير تناسلى فليس له خيار الفسخ، بمعنى أنه ليس له الحق فى أن يرفع أمره للقضاء طالبا الفرقة بينه وبين زوجته وإن طلب ذلك رفض طلبه ، لأن الزوج إذا ما تضرر من عيب بزوجته فله أن يتخلص منها ، وأن

---

(١) الهداية على بداية المجتهد جـ ٣ وفتح القدير جـ٣ص ٢٦٤ .

(٢) العيوب اما تناسلية خاصة بالرجال وهى الجب ، والعنة ، والخصاء ـ فالجب بفتح الجيم هو استئصال عضو التناسل ـ والخصاء هى سل الخصيتين أى نزعهما ـ والعنة بضم العين وتشديد النون المفتوحة هو عجز الرجل عن الوصول الى النساء ، واما عيوب تناسلية خاصة بالنساء وهى الرتق (وهو انسداد المحل) والقرن وهو (غدة فى المحل تمنع الجماع) واما عيوب مشتركة بين الرجال والنساء . كالجنون ، والجذام ، والبرص .

ينهى الزوجية بينهما بالطلاق،حيث جعل الشارع الطلاق بيده وذهب سائر الأئمة - مالك والشافعي وأحمد -إلى أن الزوج له خيار الفسخ إذا ما وجد زوجته معيبة بأحد هذه العيوب وهي : الرتق ، والقرن ، والجنون ، والجذام ، والبرص ؛ لأن هذه العيوب تمنع المباشرة الجنسية ، إما حسا وإما طبعا .

العيوب غير التناسلية

إذا وجدت الزوجة بزوجها عيبا ليس أحد العيوب التناسلية السابق ذكرها (العنة ، والجب . والخصاء) بأن وجدت به جذاما أو برصا فيرى أبو حنيفة وأبو يوسف أنه لاحق لها في الفسخ ،فلو طلبت من القاضي التفريق بينها وبين زوجها للعيب المذكور رفض طلبها ؛ لأن هذه العيوب غير التناسلية وإن كانت تنفر منها النفس فهي غير مانعة من حصول مقاصد الزواج في الجملة ، فلا تتنافى مع مقاصد النكاح ، بخلاف العيوب التناسلية فإنها منافية لتلك المقاصد .

وقال الإمام محمد بثبوت حق الزوجة في طلب التطليق إذا وجدت بزوجها عيبا كالجذام، والبرص، فهي بالخيار بين البقاء وبين أن تطلب الطلاق جبرا عليه إذا لم يطلقها هو بالمعروف تلبية لطلبها منه . وقال أن في ذلك دفعا للضرر عن المرأة كما في عيوب : الجب ، والعنة .

دليل الإمام وصاحبه

لم يثبت أبو حنيفة وأبو يوسف للزوجة خيار فسخ العقد بغير عيوب : الجب ، والعنة ، والخصاء، معللين ذلك بأن الأصل هو عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج، وإنما ثبت في الجب،والعنة ، والخصاء؛لأن هذه العيوب مع وجودها أصبح المقصود المشروع له النكاح غير ممكن تحققه،وهي عيوب مستمرة . أما غيرها من العيوب فغير مخلة بالمقصود المشروع له النكاح ؛ لأن المستحق للزوجة هو التمكن من الوطء وهو غير ممتنع مع وجود هذه العيوب بخلاف عيوب : الجب ، والعنة ، والخصاء . فافترقا[1] .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٨ .

شروط التفريق بعيوب الزوج التناسلية

الجب

قال الأحناف : إذا وجدت المرأة زوجها مجبوبا كان لها أن ترفع الأمر إلى القاضي تطلب التفريق بينها وبينه ؛ فإذا ثبت ذلك عند القاضي بأى طريق من طرق الإثبات أمر الزوج بتطليقها في الحال ، فإن لم يطلقها ناب عنه القاضي في تطليقها منه ؛ منعا للضرر الذى يلحقها . لكن هذا التفريق مشروط بشروط هى :

١ — أن تكون الزوجة بالغة ، فلو كانت صغيرة وطلب وليها التفريق بينها وبين زوجها لم يفرق القاضي بينهما ؛ لاحتمال أن تسقط حقها بعد البلوغ ، وترضى بالبقاء مع الزوج لحسن عشرته ، أو لمعان أخرى تراها .

٢ — أن تكون الزوجة غير عالمة بحالة الزوج قبل الزواج ؛ فلو تزوجته وهى تعلم بحاله كانت راضية بالبقاء معه ، فلا يكون لها حق طلب التفريق .

٣ — ألا يوجد منها ما يفيد رضاها بالمكث معه بعد الزواج ، والعلم بحاله .

٤ — ألا يكون بها عيب يمنع من المخالطة ؛ فإذا كان بها شيء من ذلك فلا يكون لها حق المطالبة بالتفريق ؛ لأن مانعا قد وجد من جانبها أيضاً ؛ فلا يكون الرجل ظالما بعدم تطليقها حينئذ[1] .

العنة

وقال الأحناف : إذا وجدت المرأة زوجها عنينا (بأن كان غير قادر على مخالطة النساء لمانع عنده كضعف في أصل الخلقة ، أو بسبب عارض مثل كبر السن) كان للزوجة أن ترفع الأمر إلى القاضي تطلب التفريق . فإذا ثبت ذلك عند القاضي باعتراف الزوج مثلا فلا يفرق بينهما في الحال ؛ بل يمهل الزوج سنة ، عساه أن تعتدل طبيعته خلالها . لاشتمالها على الفصول الأربعة فيستطيع مخالطة زوجته . فإن لم يستطع ذلك وطلبت الزوجة من

---

(١) فتح القدير [illegible]

القاضي التفريق، فانه يفرق بينهما دفعا للضرر عنها متى لم يرض الزوج أن يطلقها.

وهذا التفريق مشروط أيضاً بالشروط التي قدمناها في المجبوب . ويزاد عليها أن يكون العنين بالغا ؛ فإن كان صبياً فإنه ينتظر به إلى وقت البلوغ ، فقد يكون للصغر أثر في العنة ؛ فإذا بلغ ولم يستطع مخالطتها ، فانه يؤجل سنة من ذلك الوقت . وهذا بخلاف المجبوب فإنه لا ينتظر بلوغه ، ولا يؤجل لعدم الفائدة من ذلك . ولا يعتبر الأجل إلا بتأجيل القاضي فلا عبرة بتأجيل غيره كائنا من كان . فلو أن الزوجة أمهلت زوجها سنة على سبيل الإعذار ، ثم رفعت الأمر إلى القاضي تطلب أن يطلقها على زوجها للعيب الذي به فلا يجيبها لطلبها فوراً ، بل يؤجل القاضي الزوج سنة أخرى ويبتدىء الأجل من وقت الخصومة إلا إذا كان الزوج صغيراً أو مريضاً ، أو في حالة الإحرام؛ فان ابتداء الأجل يكون من وقت البلوغ أو الشفاء من المرض أو الانتهاء من الإحرام . فان عرض أثناء السنة عارض يمنع الاتصال بين الزوجين مدة ، وكان بسبب من جهتها كمرضها أو حجها أو غيبتها لشأن من شؤنها فلا تحسب تلك المدة من السنة . وكذلك إذا كان الضرر من جهة الزوج ، كمرضه وسجنه ، أما إذا غاب باختياره لشأن من شؤنه أو للحج فلا يعتبر عذرا بل تحسب أيامه من السنة .

الخصاء

وقال الأحناف : إذا وجدت المرأة زوجها خصيا ، ولم يستطع مخالطتها، ورفعت الأمر إلى القاضي وثبت ذلك باعتراف الزوج فانه يؤجل سنة . فان مضت سنة ، ولم يستطع المخالطة أمره القاضي أن يطلقها ، فان لم يفعل طلقها القاضي عليه نيابة عنه مع مراعاة الشروط المذكورة في العنين .

اختلاف الزوجين في وجود العيب

ولو اختلف الزوجان في حدوث العيب ، فالزوج ينكر العنة ويدعى أنه وصل إلى زوجته وجامعها ، والخصي يدعى أنه جامع زوجته فلا يخلو الحال من الآتي:

إما أن تكون الزوجة وقت النكاح بكراً أو ثيباً وحكم كل حالة فيما يلي:

١ ـــ فان كانت ثيباً فالقول قول الزوج مع يمينه ؛ لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة حقيقة وإن كان مدعيا للوصول صورة ، والأصل هو السلامة فى الجبلة، وكان الظاهر شاهدا له ، فالقول قول من يشهد له الظاهر. ثم إن حلف بالله قد أصبتها بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، لأنه كالمقر بعدم الوصول إليها .

٢ ـــ وأما إذا كانت بكراً وقت النكاح فلا يستحلف بل تراها النساء . فان قلن هى بكر أجل سنة من غير احتياج إلى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه .

طرق إثبات البكارة

قال صاحب فتح القدير : الأولى أن ينظر إليها امرأتان أو أكثر ـــ فان رأتها واحدة متصفة بالعدالة يكفى (نص على العدالة فى كافى الحكم) والثنتان أحوط . وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع فى فرجها أصغر بيضة للدجاج فان دخلت من غير عنف فهى ثيب ، وإلا فبكر أو تكسر وتسكب فى فرجها فان دخل فثيب ، وإلا فبكر . وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر ، وإلا فثيب .

٣ ـــ وإذا كانت وقت النكاح بكرا ورآها النساء وقلن إنها ثيب فتثبت الثيوبة ولا يثبت وصوله إليها ؛ لأن البكارة قد تزول بغيره ؛ كوثبة ونحوها غير ان القول قوله لو قالت: زالت البكارة بأصبعه ونحوه، فيحلف أنه وصل إليها ، فان حلف تقرر النكاح . وإن نكل أجل سنة ، ثم فرق بينهما إن لم يصل إليها .

اختلفا بعد مضى السنة

لو اختلفا بعد انتهاء الأجل بعد السنة ، فى وصوله إليها فى السنة، فادعاه

هو وأنكرته هي، فالأمر يفصل فيه كما لو اختلفا قبل التأجيل إذا كانت بكرا نظر إليها ، فإن قلن هي بكر ، خيرت للحال بين الإقامة والفرقة ، وإن قلن هي ثيب حلف ، فإن نكل خيرت ، وإن حلف استقر النكاح[1] .

أما الثيب وقت النكاح فالقول للزوج، فإن حلف استقر النكاح، ولو نكل أجل سنة وتخير .

الخنثى

والخنثى إذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة ، فهو جائز ؛ فإن وصل إليها ، وإلا أجل كالعنين .

الأجل بالسنة القمرية

اختلف الفقهاء في المراد بالسنة هل هي القمرية أم الشمسية، ففي الهداية قال : وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية وهو الصحيح[2]. وقال صاحب فتح القدير تعليقا على ذلك : صححه صاحب الواقعات احترازا عما اختاره شمس الأئمة السرخسي ، وقاضيخان ، وظهير الدين من اعتبارها شمسية . وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة. وما ضربت السنة الا للتوصل إلى صلاح الطبع، ورفع المانع فيجوز أن يوافق طبعه مد زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها.

وجه الأول أن الثابت عن الصحابة كعمر رضى الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا. وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالاهلة . فإذا أطلق السنة انصرف إلى ذلك، مالم يصرحوا بخلافه ، ثم زيادة الشمسية قيل أحد عشر يوما . وعن الحلواني السنة الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم ، والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون . كذا رأيت في نسخه ...»[3] .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٥ .

(٢،٣) فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٦ والهداية على هامشه ذات الجزء والصفحة والعناية على هامش فتح القدير ج ٣ ص ٢٦٦ .

مبطلات الخيار

ثبوت الخيار لزوجة المجبوب ، أو العنين ، أو الخصى ، لا يبطل بالتراخى فى رفع الأمر للقضاء . فلو مكثت مع الزوج زمنا ، ولم تصرح برضاها بالبقاء معه على تلك الحالة فلها الحق أن ترفع الأمر إلى القاضى تطلب التفريق ، ولا يكون سكوتها رضا بالعيب . وكذلك إذا رفعت الأمر إلى القاضى بطلب التفريق ، ثم لم تستمر فى الخصومة، فلها الحق بعد ذلك فى طلب التفريق، ومثل ذلك أيضاً إذا أجل العنين ، أو الخصى، سنة، ثم لم تتقدم بعد مضى السنة بطلب التفريق ، فانه لا يبطل حقها فى هذا الطلب بعد ذلك . أما إذا حضرت مجلس القضاء بعد مضى السنة ، وتمام إجراءات التفريق ، فخيرها القاضى بين الفرقة والبقاء مع الزوج ، فقامت من المجلس ، أو وجد منها ما يدل على الإعراض ، أو قام القاضى من المجلس قبل أن تختار شيئاً ، فانه يبطل خيارها ، ويكون ذلك منها رضا بالبقاء مع الزوج .

العيوب التى اختلف الفقهاء فى التفريق بها

العيوب التى اختلف الفقهاء فى التفريق بها قسمان :

الأول . عيوب فى الزوج غير ما تقدم وهى البرص، والجذام ، والجنون، وقد قلنا: إن الأحناف لا يجيزون التطليق بسببها .ولم يخرج على هذا الرأى منهم سوى الإمام محمد رضى الله عنه، فانه قال كما يقول جمهور الفقهاء بجواز التطليق بسببها . وقد أبنا رأى الأحناف تفصيلا فى ذلك .

٢ — عيوب الزوجة كالبرص والجذام والجنون والرتق والقرن ، وفصل القول فيها هو الآتى :

المذهب الحنفى

قال الأحناف : لا خيار للزوج بسبب عيوب الزوجة مطلقاً ، فلا ينفسخ بها الزواج ؛ لأنها   مانعة من حصول المقصود من الزواج ؛

ثم هي عيوب قد ينفع فيها العلاج فيزول به المانع . هذا إلى أن الزوج يستطيع التخلص من زوجته بالطلاق فلا حاجة ، إذن ، إلى الفسخ .

المذهب المالكي

التطليق بسبب العيب

شروط الخيار

اشترط فقهاء المالكية لثبوت الخيار لأحد الزوجين ، إذا وجد بصاحبه عيبا من العيوب التي توجب الخيار والرد ، ما يأتي :

١ — ألا يكون من يطلب الخيار للعيب عالما بوجود هذا العيب قبل العقد .

٢ — ألا يرضى بعيب المعيب صريحا كقوله : رضيت بك ، أو التزاما لتحقق السليم من نفسه ، حيث اطلع عليه بعد العقد .

٣ — ألا يكون قد تلذذ بالمعيب بعد العلم بالعيب .

أولا — العيوب الخاصة بالرجل ويرد بسببها

والعيوب التي يكون للزوجة بسببها خيار البقاء مع زوجها الذي به هذه العيوب ، أو الطلاق منه ، هي :

١ — الجب ، والخصاء ، والعنة ، والاعتراض - ونفصل ذلك فيما يلي :

الجب

وهو قطع الذكر ، والأنثيين ، وكذا مقطوع الأنثيين فقط ، إذا كان لا يمنى ؛ فمن كان هذا حاله فلزوجته خيار فسخ العقد . ومثل قطع الذكر قطع الحشفة . أما مقطوع الأنثيين الذي يمنى فلا رد به كالعقم .

الخصاء

هو قطع الذكر دون الأنثيين .

العنـة

والعنة بضم العين المهملة وتشديد النون المراد بها هنا صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع ؛ قال الدسوقي : ومثل صغر الذكر في كونه موجبا للرد : الثخن المانع من الإيلاج وأما الطول فيلوى الشيء على ما يستطاع إيلاجه من أصله . ولا يرد الزوج بوجوده خنثى متضح الذكورية(١) .

الاعتراض

والاعتراض هو عدم انتشار الذكر – سواء كان لا ينتشر على كل النساء أو لا ينتشر على زوجته هي فقط ، وينتشر على غيرها .

تنبيـه : العيوب المذكورة يرد بها الزوج سواء وجدت قبل العقد أو بعده.

ثانياً – العيوب الخاصة بالمرأة والتي للزوج بسببها خيار الفسخ

أما العيوب التي تخص المرأة وللزوج بسبب وجودها خيار الفسخ فهي ما يأتي :

١ - القرن بفتح الراء وهو شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون من لحم غالباً فيمكن علاجه . وتارة يكون عظما فلا يمكن علاجه عادة .

٢ - الرتق بفتح الراء والتاء الفوقية وهو انسداد مسلك الذكر بحيث لا يمكن معه الجماع، إلا أنه إذا انسد بلحم أمكن علاجه ، وبعظم لم يمكن عادة .

٣ - البخـر هو نتن الفرج ؛ لأنه منفر ؛ وقال الأئمة الثلاثة : لا رد به؛ كالجرب ، ونتن الفم .

٤ - العفل بفتح العين ، والفاء : لحم يبرز في قبل المرأة ، ولا يسلم غالباً من رشح يشبه أدرة الرجل. وقيل : العفل رغوة في الفرج تحدث عند الجماع.

(١) الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٢٧٨ .

٥ - اختلاط مسلكى البول .

تنبيه

محل ثبوت الخيار بالعيوب الموجودة فى المرأة أن تكون موجودة قبل العقد،أو حينه أما الحادثة بعده فلا ترد بهالمرأة . ولاخيار للرجل فى فسخ العقد بسببها ؛ لأنها مصيبة نزلت به .

ثالثاً — عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة

والعيوب المشتركة بين الرجل والمرأة هى : الجنون ، والجذام ، والبرص . والعذيطة .

أحكام كل نوع

العيوب المشتركة

لأحد الزوجين الخيار بالشروط السابق بيانها إذا وجد فى الآخر عيباً من العيوب الآتية :

(ا) البرص، ولا فرق بين أبيضه، وأسوده الأردأ من الأبيض؛ لأنه من مقدمات الجذام، وسواء كان يسيراً أو كثيراً فى المرأة؛ اتفاقا،وفى الرجل على أحد القولين فى البرص اليسير .ولو حدث البرص بالمرأة بعدالعقدعليها لا يعد عيبا ترد به . أما بالنسبة للرجل فهو عيب سواءحدث له قبل العقدأو بعده .

(ب) العذيطة : وهى التغوط عند الجماع إذا كان قديماً أوشك فيه، لا إن تحقق حدوثه فلا رد به . ومثله البول . ولا رد بالريح قولا واحدا ، ولا بالبول فى الفراش على الأرجح[1] .

---

(١) العذيطة بكسر العين المهملة وسكون الذال المعجمة ، وفتح المثناة التحتية فطاء مهملة .

(ح) الجذام — ويشترط أن يكون بينا ولو قليلا ، إذا حدث بالرجل قبل العقد أو بعده . أما إذا كان بالمرأة فيشترط أن يكون حادثا بها قبل العقد عليها ، سواء كان قبل الدخول أو بعده .

(ى) الجنون . ويثبت به الخيار لكل منهما إذا كان جنونا حادثا قبل العقد سواء كان بصرع، أو وسواس، وسواء استغرق كل الأوقات ، أو غالبها. بل وإن حصل فى كل شهر مرة ، ويفيق فيما سواها ، بشرط أن يحدث منه أضرار من ضرب، أو إفساد شيء . أما الذى يطرح بالأرض ويفيق من غير إضرار فلا رد به إذا كان يحدث قليلا . وأما الجنون الحادث بعد العقد وقبل البناء فإنه يوجب الخيار للمرأة دون الرجل كالجذام . وكذا إن حدث بعد البناء على ظاهر المدونة فى الجذام ويقاس عليه الجنون .

التأجيل سنة لمن يرجى برؤه

ويؤجل المريض بهذه العيوب الثلاثة (الجنون ، والبرص ، والجذام) لمدة سنة قمرية إن كان يرجى شفاؤه من هذا المرض . وهناك رأى يفيد أن المجنون يؤجل سنة ولو لم يرج برؤه . ويعتبر بدء الأجل (السنة القمرية) من يوم الحكم بالتأجيل لا من يوم الرفع للحاكم .

العيوب الأخرى لاخيار بها إلا بشرط

قال الشيخ خليل : والخيار ثابت بغيرها إن شرط السلامة ، ولو بوصف الولى عند الخطبة . وفى الرد إن شرط الصحة تردد .

وقد شرح قول الشيخ خليل السابق كثير من فقهاء المالكية فقال صاحب الشرح الكبير : والخيار الثابت بغير العيوب المتقدمة من سواد ، وقرع ، وعمى ، وعور ، وعرج ، وشلل، وقطع ، وكثرة أكل، من كل ما يعد عيباً عرفاً ، إن شرط السلامة منه سواء عين ما شرطه ، أو قال : السلامة من كل عيب ، أو من العيوب . فإن لم يشترط السلامة فلا خيار. ويكفى الشرط

المذكور لإثبات الخيار لو كان حاصلا بوصف الولى ، أو وصف غيره بحضرته وسكت بأن قال : إنها بيضاء وسكت الولى ، أو صحيحة العينين ، أو سليمة من القرع ونحو ذلك . وسواء سأل الزوج عنها ، أو وصف الواصف له ابتداء: فإذا وجدت الزوجة على خلاف ماوصف الواصف له فالخيـــار ثابت للزوج . وقال الشيخ الدسوقى معلقا على ذلك ، قوله : «وسواء سأل الزوج عنها أى فوصفها الواصف . وما ذكره الشارح من أن الخلاف بين عيسى ، ومحمد مطلق . وأن عيسى يقول : إن وصف الولى يوجب الخيار سواء وصفها ابتداء أو كان وصفه بعد سؤال الزوج عنها . ومحمد يقول : وصف الولى لا يوجب الخيار مطلقا طريقة اللخمى . وطريقة ابن رشد أن الخلاف بين عيسى ومحمد إنما هو إذا صدر الوصف ابتداء من الواصف. وأما إذا صدر بعد سؤال الزوج فيتفق على أنه شرط يوجب الرد[1]» .

كتابة الموثق فى وثيقة الزواج إن الزوجة صحيحة

ولو كتب الموثق فى وثيقة العقد بأنه تزوج فلان فلانة الشابة، الصحيحة العقل ، والبدن بصداق قدره كذا وكذا ثم وجدت على خلاف ما كتب ، وتنازع الولى والزوج ، فقال الزوج : أنا شرطت ذلك ، وأنكر الولى ، ولا بينة لواحد : فقال ابن أبى زيد : لا رد به ، ولا يكون ما كتبه الموثق دليلا على اشتراطه ؛ لأن الموثق جرت العادة بأنه يلفق الكلام ويجمله ، ويذكر فيه ما ليس بمشترط . وقال الباجى : له الرد : لأن العادة أن الموثق لا يكتب الصحيحة إلا إذا اشترطت الصحة. وكلام المتيطى يدل على أن الراجح عدم الرد؛ لأنه ظاهر المدونة ، وبه صدرت الفتوى ؛ فان كتب الموثق : تزوج فلان فلانة سليمة البدن ، فاتفق ابن أبى زيد والباجى على أن ما كتب شرط، فله الرد إن وجدها غير سليمة. والفرق : أن كلمة صحيحة جرت عادة الموثقين بتلفيقها دون اشتراطها ، أما « سليمة » فلم تجر عادتهم بتلفيقها .

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٨٠ ، ٢٨١ .

الغرر الشديد يثبت به الخيار

فاذا لم يشترط السلامة من العيوب عدا مانص عليه من عيب الجذام ، والبرص، والجنون من العيوب المشتركة بين الرجال والنساء فلا رد بتخلف الأمر المظنون : كما إذا تزوج امرأة من قوم ذوى شعر فظنها مثلهم، فتخلف ظنه، بأن وجدها قرعاء . واستثنى من ذلك حالة حصل فيها غرر شديد للزوج أو الزوجة بأن تزوجها على أنها حرة فوجدها أمة ، أو تزوجته على أنه حر فوجدته عبداً ، أو تزوج امرأة ادعت أنها مسلمة فاذا هي نصرانية .

الثيوبة عيب ترد به إن شرط أنها عذراء

ولا ترد الزوجة لأنها وجدت ثيباً، سواء كانت الثيوبة بنكاح ، أو لا ، إلا إذا شرط أنها عذراء . فلما تزوجها وجدها ثيباً . فله حينئذ الخيار ؛ لأن العذراء هي التي لم تزل بكارتها .

اشتراط كونها بكراً

أما إذا اشترط كونها بكراً[1] — فوجدها ثيباً بغير نكاح ، وعدمه ، فهل له خيار الرد وفسخ النكاح ، قال الشيخ خليل : تردد . أى أنه يوجد رأى يقول بثبوت الخيار للزوج ورأى يقول بعدم ثبوته . وقال العلامة الدسوقى إنه لو وجدها ثيباً بنكاح فترد قولا واحدا ، كما نقله ابن عرفة عن المتيطى وابن فتحون . ثم قال معلقاً على قول الشيخ خليل (قوله: تردد) الأول لابن العطار مع بعض الموثقين بناء على أن البكر مرادفة للعذراء ،

---

(١) البكر عند الفقهاء هى التى لم توطأ بعقد صحيح ،أو فاسد جار مجرى الصحيح . وأما العذراء فهى التى لم تزل بكارتها بزيل . فلو أزيلت بكارتها بزنا ، أو وثبة ؛ أو بنكاح لا يقران عليه فهى بكر ؛ فالبكر أعم من العذراء — وقيل: البكر مرادفة للعذراء فهى التى لم تزل بكارتها أصلا . وعلى ذلك الخلاف وقع التردد .

وأنها التى لم تزل بكارتها أصلا . والثانى لأبى بكر بن عبد الرحمن ، وغيره بعض الموثقين ، بناء على أن البكر هى التى لم تزل بكارتها بنكاح صحيح أو فاسد جار مجراه .

العرف له تأثير

وقال صاحب الشرح الكبير : ومحل الخلاف فى التفريق بين العذراء والبكر ، وتأثير ذلك على ثبوت الخيار وعدم ثبوته، ما لم يجر عرف بمساواة البكر للعذراء ، كما هو عندنا بمصر . ومالم يعلم وليها بثيوبتها عند شرط الزوج أو وكيله وإلا بأن كان أبوها ، أو وكيله يعلم بثيوبتها ويكتمها عن الزوج، وإذا جرى العرف بمساواة البكر للعذراء فله الرد قطعا. وقال العلامة الدسوقى: فإن ادعت أنها بكر وادعى هو عدمها، فالقول لها فى وجودها، ولا ينظرها النساء جبرا عليها ، فإن مكنت من نفسها امرأتين، فشهدتا بثيوبتها كان القول قوله دونها ، وإن شهدتا ببكارتها كان القول قولها دونه[1] .

يؤجل المعترض سنة قمرية لعلاجه

يؤجل المعترض، الثابت لزوجته عليه خيار، لأنه لم يسبق له وطء، سنة قمرية؛ لعلاجه إن كان حرا، ونصف سنة إن كان عبدا هذا هو مذهب المدونة ومالك.

رأى آخر بالمساواة فى الأجل :

وقيل : يؤجل العبد سنة كالحر ، واستظهره[2] ومال إليه غير واحد ونسب لمالك أيضاً. ومبدأ السنة من يوم الحكم حالة كونه واقعا بعد الصحة - لا من يوم رفع الدعوى إلى الحاكم فإن لم يترافعا ، وتراضيا على التأجيل فيبدأ الأجل من يوم التراضى . فان مرض بعد الحكم بالتأجيل، واستغرق مرضه جميع السنة أو بعضها . فيرى ابن القاسم عدم الزيادة على السنة ، وإن لم يقدر على التداوى فيها ، وقال أصبغ : إن استغرق المرض السنة ، ومنعه

(١) الدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٨١ ومنح الجليل ج ٣ ص ٨٤ ، ٨٥ .

(٢) المعترض بفتح الراء، اسم مفعول أى الشخص الذى اعترضه المانع فمنعه من الوطء إذ الأصل عدمه ، وإنما يكون لعارض يعرض كسحر ، أو خوف ، أو مرض .

من التداوى فيها ، فتستأنف سنة أخرى وقال ابن رشد: إن مرض فيها مرضاً شديداً منعه من التداوى زيد عليها بقدره[1] .

إذا انتهى الأجل

وإذا انتهت السنة المقدرة للزوج الحر أو نصف السنة المقدرة لغير الحر ، وكان الزوج خلالها قد ادعى أنه وطىء زوجته صدق بيمينه ؛ فان ادعى الوطء بعدها فلا يصدق . وإن ادعى بعد انتهاء الأجل أنه قد وطىء زوجته أثناء السنة (الأجل) فالظاهر من كلام الشيخ خليل أنه لا يصدق: لأنه متهم بأن ادعاءه هذا، المقصود منه إسقاط حقها فى الفراق . وفى ابن هرون ما يفيد تصديقه فى دعواه بعد انتهاء السنة أنه وطئها فيها ، فان نكل المعترض عن اليمين على وطئه فيها حلفت الزوجة أنه لم يطأها فيها، وفرق بينهما قبيل تمام الأجل، قاله فى المدونة ؛ لتصديقها على عدمه بنكوله فسقط حقه فى الأجل ، وفى الموازية : يبقى تمام الأجل ثم يطلب باليمين فان نكل فرق بينهما ، فان لم تحلف الزوجة على أنه لم يطأها فى أثناء السنة التى منحها المعترض أجلا ، بقيت زوجة ولا كلام لها: لتصديقه على وطئها بنكولها أما إذا لم يدع الزوج الوطء فى السنة بأن أقر بعدمه ، أو سكت . فعلى الزوج أن يطلق زوجته إن شاءت الزوجة الطلاق ؛ فان امتنع من طلاقها ففى المذهب قولان :

الأول : أن القاضى يطلقها على زوجها .

والثانى : أن القاضى يأمر الزوجة بأن تطلق نفسها بأن تقول : أنت طالق ، أو طلقتك ،أو طلقت نفسى منك، أو أنا طالق منك، ثم يحكم الحاكم بوقوع الطلاق؛ ليرتفع الخلاف فيه. على أن أمر الحاكم بطلاقها نفسها ليس حكماً.

صفة الطلاق

والطلاق الواقع فى هذه الحالة (بسبب العيب) طلاق بائن .

(١) منح الجليل ج ٣ ص ٨٥ . والدسوقى على الشرح الكبير ج ٢ ص ٢٨١ .

إقامة الزوجة مع زوجها بعد إنتهاء الأجل

لو قبلت الزوجة بعد انتهاء الأجل أن تقيم مع زوجها لأجل آخر لا يسقط حقها فى الخيار؛ فلها فراق زوجها المعترض بطلاقها منه بلا ضرب أجل ثان وبلا رفع إلى الحاكم . ولو رضيت أن تقيم معه أبداً ، أو أطلقت ، فليس لها فراقه بعده .

الرتقاء[1]

وتؤجل المرأة الرتقاء ، ومثلها من ذوات داء الفرج إلى أجل يحدد باجتهاد العارفين لاستعمال الدواء . وبعضهم حدد الأجل بشهرين . وثمن الدواء عليها لا على زوجها . ولا تجبر الرتقاء على التداوى إن امتنعت منه إذا كان الرتق خلقة ؛ لشدة تألمها به ، سواء كان يحصل به عيب فى الاصابة أو لا . وإن أرادته وأباه الزوج فإن كان لا يحصل به عيب فيها جبر عليه .

المجبوب والخصى يجسان لمعرفة الحقيقة

وإن ادعت زوجة على زوجها أنه مجبوب أو خصى . أو عنين ، وأنكر مس بظهر اليد على ثوب منكر الجب ، والخصاء ، والعنة ، ولا ينظره الشهود . وقال الباجى: ينظرونه؛ لاستواء النظر، والجس فى المنع ، والنظر يحصل به العلم القوى . وأجيب بأخفية الجس مع حصول العلم به .

المعترض يصدق فى نفى الاعتراض

إذا ادعت المرأة على زوجها الاعتراض وانكره، صدق فى نفى الاعتراض، كما تصدق المرأة فى نفى داء فرجها من إفضاء ونحوه ؛ أو جذام، أو برص بيمينها ولها رد اليمين على الزوج كما تصدق فى ادعائها بيمينها من أن المرض حدث

---

(١) الرتقاء أى المسدود مسلك جماعها .

بعد العقد فلا خيار بسببه . هذا إذا كان بعد البناء بها . أما قبله فالقول له ... قاله ابن رشد مقيدا به إطلاق المدونة .

المرأة لا تجبر على الكشف الطبي عليها

والعيوب التى يدعى الزوج أنها بفرج زوجته لا تجبر الزوجة على أن ينظر هذه العيوب التى بفرجها النساء ، فإن رضيت فلهن النظر . وهناك قول منسوب لسحنون بجواز نظر النساء إلى هذه العيوب جبرا على المرأة . قال البنانى : الذى تلقيته من بعض شيوخنا المفتين أن العمل جرى بفاس بقول سحنون .

للزوج الرد إن كتم الأب ثيوبتها

المشهور فى المذهب أن الزوج لو وجد زوجته ثيبا بلا وطء بنكاح، بأن كان بوثبة ، أو تكرر حيض . أو نحوهما وكان أبو الزوجة يعلم بذلك حين العقد وكتمه عن الزوج ، فللزوج رد الزوجة على الأصح ، وبهذا قال أصبغ وصوبه ابن القصار وقال أشهب: لا رد له. قال صاحب منح الجليل : فعلم من كلام المصنف هنا ، وفيما مر ، أن الزوج إذا وجد زوجته ثيبا فله خمسة أحوال :

الأول — ألا يكون هناك شرط، فلا رد مطلقا .

الثانى — إذا شرط أنها عذراء ، فله ردها مطلقا .

الثالث — إذا شرط بكارتها ، فوجدها ثيبا بغير نكاح، ولم يعلمها الأب، ففيها تردد .

الرابع — شرطه بكارتها، فيجدها ثيبا بلا نكاح ، وعلمها الأب ، وكتم، فله ردها على الأصح .

الخامس — شرطه بكارتها فيجدها ثيبا بنكاح وسواء علمها الأب أو لا ، فله ردها[1] .

---

(١) منح الجليل لشرح خليل ج ٢ ص ١٩ .

المذهب الشافعي

التطليق بسبب العيوب

قسم الشافعية العيوب كما قسمها المالكية إلى ثلاثة أنواع :

١ — عيوب خاصة بالرجل .

٢ — عيوب خاصة بالمرأة .

٣ — عيوب مشتركة بين الرجل والمرأة .

العيوب المشتركة

قال الشافعية بثبوت الخيار، لكل من الزوجين، إذا وجد بالآخر عيبا من العيوب الآتية :

١ — الجنون

عرف الشافعية الجنون بأنه زوال الشعور من القلب مع بقاء الحركة والقوة في الأعضاء . وقسموه إلى جنون تام وجنون متقطع . وأثبتوا الخيار لكل من الزوجين إذا وجد بالآخر جنونا كاملا أو متقطعا، ولو كان قابلا للشفاء. واستثنى المتولي من الجنون المتقطع الجنون الخفيف الذي يطرأ في بعض الزمان.

الخيار بسبب الإغماء

ولا خيار بسبب طرو الإغماء ، فإنه كسائر الأمراض الأخرى التي لا خيار بسببها . ومحله كما قال الزركشي الاغماء الذي تحصل منه الإفاقة كما هو الغالب . أما الميئوس من زواله فكالجنون ، كما ذكره المتولي . وكذا إن بقي الإغماء بعد المرض فيثبت به الخيار كالجنون وألحق الشافعي رضي الله عنه الخبل بالجنون . أما الصرع فهو من الجنون .

٢ ، ٣ الجذام ، والبرص

ويثبت بهما الخيار إذا كانا مستحكمين بخلاف غيرهما ، من أوائل الجذام والبرص فلا يثبت بهما الخيار، كما صرح به الجويني . والاستحكام في الجذام

يكون بالنقطع . وقيل يرجع إلى أهل الخبرة فى ذلك وهم الأطباء[1]

العيوب الخاصة بالزوجة وترد بسببها

والعيوب التى ترد بسببها الزوجة وهى خاصة بها هى :

الرتق ، والقرن بأن انسد محل الجماع من المرأة برتق أصيبت به . وهو لحم يسد فرجها . ويسمى : رتقا ، أوعظم ، ويسمى : قرنا . وقيل الرتق والقرن نوع واحد . وليس للزوج اجبار الرتقاء على شق الموضع ، فإن شقته ، وأمكن الوطء ، فلا خيار .

العيوب الخاصة بالرجل والمرأة فسخ النكاح بسببها

العنة ـ وهو عجز عن الوطء فى القبل خاصة ، قيل : سمى عنينا ؛ للين ذكره وانعطافه . مأخوذ من عنان الدابة : للينه .

الجب ـ والمجبوب هو مقطوع الذكر جميعه أو الذى قطع معظم ذكره ولم يبق منه قدر الحشفة . أما إذا بقى منه قدرها فلا خيار لها

زوال العيب قبل الفسخ

ولو زال العيب قبل فسخ العقد ، فالأصح أنه لاخيار . وكذا لو علم بالعيب بعد الموت .

العلم بالعيب قبل العقد لا يسقط الخيار فى كل الحالات

قال صاحب المغنى : ففيه أنه لو علم أحدهما بعيب فى صاحبه قبل العقد ليس على إطلاقه ، بل لو علمت بعنته قبل العقد فلها الخيار بعده على المذهب ؛ لأن العنة تحصل فى حق امرأة دون أخرى ، وفى نكاح دون نكاح[2] .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٠٢ .

(٢) مغنى المحتاج لمر[illegible] [illegible] المنهاج ج ٣ ص ٢٠٤ .

وجود عيب فى كل منهما لايسقط الخيار

وقال أيضاً صاحب المغنى : « ولا فرق فى ثبوت الخيار فيما ذكر بين أن يجد احد الزوجين بالآخر مثل ما به من العيب أولا — وقيل : إن وجد به مثل عيبه من الجذام ، أو البرص ؛ قدرا وفحشا، فلاخيار له : لتساويهما. واحتج للرأى الأول : بأن الإنسان يعاف من غيره مالا يعاف من نفسه .

العيوب التى تحدث بالزوج بعد العقد

ولو حدث بالزوج بعد العقد عيب، كأن جب ذكره، تخيرت زوجته قبل الدخول جزما ، وبعد الدخول على الأصح : لحصول الضرر به كالعيب المقارن لحصول العقد : مع أنه لا خلاص لها إلا بالفسخ بخلاف الرجل . واستثنى من العيوب : العنة التى تحدث بعد العقد والدخول ، لحصول مقصود النكاح من المهر، وثبوت الحضانة . وقد عرفت قدرته على الوطء ، ووصلت إلى حقها منه . فإن قيل : الجب كذلك . أجيب بأن الجب حصل به اليأس بخلاف العنة .

العيوب الحادثة للزوجة بعد العقد

أثبت الشافعية فى الجديد للرجل حق الخيار فيما لو حدث بالزوجة عيب بعد العقد ، سواء فى ذلك قبل دخوله أو بعده، كما لو حدث به . وفى القديم: لا ؛ لتمكنه من الخلاص بالطلاق بخلافه . وقد علل للرأى الجديد بأنه وإن كان يمكنه طلاقها لكنه يتضرر بوجوب نصف المهر عليه، أو كله ، فيما لو طلقها بخلاف الفسخ ، فإنه يسقط المهر قبل الدخول . قال ابن الرفعة : ولا يبعد، على الجديد، أن يكون حدوث الرتق ، والقرن بعد، الوطء كحدوث الجب فى الخلاف[1] .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٠٤

حق الولى فى خيار الفسخ

لا خيار لولى الزوجة بسبب عيب يحدث بالزوج بعد العقد ؛ إذ لا عار عليه فى العرف بخلافه فى الابتداء . وكذا إذا قارن الجب ، أو العنة عقد الزواج لاختصاصها بالضرر ولاعار عليه .

الجنون والجذام والبرص

وإذا أصيب الزوج بجنون أوجذام أوبرص مقارن للعقد ورضيت الزوجة به، فللولى حق الفسخ لتعيره بذلك؛ ولخوف العدوى من الجذام أو البرص .

لابد من الخيار فوراً

وخيار الفسخ بهذه العيوب إذا ثبت يكون على الفور ؛ لأنه خيار عيب، فكان على الفور . ويجب أن ترفع الدعوى فور العلم بهذه العيوب .

لابد من حكم الحاكم

قال الشافعية : يشترط فى الفسخ بعيب العنة رفع الأمر إلى حاكم ليقضى فى الأمر حسب التفصيل الذى سيأتى بعد . وهذا باتفاق فقهاء المذهب . أما سائر العيوب الأخرى، فالأصح أنه لابد من رفع الأمر إلى حاكم، فأشبه الفسخ بالإعسار . وقيل لايشترط رفع الأمر للحاكم، بل لكل منهما الانفراد بالفسخ كالرد بالعيب . وتأسيساً على ما ذكر أنهما لو تراضيا بالفسخ مما يجوز الفسخ به لم يصح . وبه صرح فى المحرر .

كيفية ثبوت العنة

تثبت العنة بالآتى :

أولا : إقرار الزوج بأنه عنين، وذلك عند الحاكم، كغيرها من الحقوق

ثانياً : أن تقيم الزوجة بينة تشهد عند الحاكم أن الزوج قد أقر بأنه عنين.

ولا يتصور ثبوت العنة بالبينة؛ لأنه لا مطلع للشهود عليها . ويؤخذ من هذا أن دعوى امرأة . . العنة عليهما لا تسمع لسقوط قولها .

ثالثاً : يمين الزوجة بعد نكول الزوج عن اليمين فى الأصح . وذلك بعد إنكاره العنة . وإنما جاز لها الحلف؛ لأنها تعرف ذلك بالقرائن والممارسة .

التأجيل سنة للعنين

وإذا ثبتت العنة أمام القاضى ضرب للزوج سنة ، كما فعله عمر رضى الله تعالى عنه، رواه الشافعى رضى الله عنه والبيهقى وغيرهما وقال فى النهاية. أجمع المسلمون على اتباع قضاء عمر رضى الله عنه فى قاعدة الباب والتأجيل سنه : لأنها تشمل الفصول الأربعة فقد تعذر الجماع : وقد يكون لعارض حرارة فتزول فى الشتاء . أو برودة فتزول فى الصيف . أو يبوسة فتزول فى الربيع ، أو رطوبة فتزول فى الخريف : فإذا مضت السنة ولا إصابة علمنا أنه عجز خلق ولا تحسب السنة التى مرضتها كلها أو حبست فيها كلها ، لأن عدم الوطء كان بسببها هى - ولو حبست بعض السنة ، أو مرضت بعضها. قال الشيخان: القياس استئناف سنة أخرى أو تنتظر مضى مثل ذلك الفاصل من السنة الأخرى. أما حبسه ، ومرضه فلا يمنعان حسبان المدة .

مبدأ المدة من وقت الحكم بالتأجيل

وتبدأ مدة السنة من وقت ضرب القاضى الأجل ، لا من وقت ثبوت العنة : لأنها مجتهد فيها . وتعتبر السنة بالأهلة : فاذا كان ابتداؤها فى أثناء الشهر كمل من الشهر الثالث عشر ثلاثون يوما .

لا فرق فى مدة السنة بين الحر والعبد

والظاهر من كلام فقهاء الشافعية أنه لا فرق بين الحر والعبد فى مدة السنة ولا فرق، كذلك : فيها ، بين المسلم وغيره ، ولا بين أن يقول مارست نفسى وأنا عنين فلا تضربولى مدة أو لا : لأن ذلك شرع لأمر جبلى فأشبه الحيض أو الرضاع ، فلا يختلفون فى كون المدة سنة[1] .

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٦ ٢٠٢ ، ٢٠٧

لابد من طلب الزوجة

وتضرب المدة بطلب الزوجة ؛ لأن الحق لها ويكفي قولها : أنا طالبة بموجب الشرع ، وإن جهلت بتفصيل الحكم . فإن سكتت لم تضرب والقاضي أن ينبهها إلى ذلك إن علم أن سكوتها عن سهو أو دهشة أو غفلة . وليس لولي الزوجة أن ينوب عنها في طلب الفسخ بل لابد من طلبها هي .

بعد انتهاء السنة

إذا انتهت السنة فعلى الزوجة أن ترفع الأمر ثانيا : وعلى الفور ، إلى القضاء ،فإن قال الزوج : وطئت صدق بيمينه؛ لتعذر إقامة البينة على الجماع. فيصدق بيمينه ؛ لأن الأصل السلامة ، ودوام النكاح . هذا إذا كانت الزوجة ثيبا . أما البكر فاذا شهد أربع نسوة ببكارتها فالقول قولها للظاهر . وهل تحلف أو لا . ؟ فيه وجهان . والراجح : أنها لا تحلف ، كما قاله الأسنوي وغيره . ونقله الأذرعي وغيره عن نص الأم . وعليه قال ابن الرفعة : ظاهر النص أنها لا تحلف إلا أن يطلب الزوج يمينها . ورجح ابن المقري أنها تحلف ، فان ادعى الزوج عودة البكارة بأن قال بعد شهادتهن ، أصبتها ولم أبالغ ، فعادت بكارتها ، وطلب يمينها حلفت أنه لم يصبها .

نكول الزوج عن اليمين وأذن القاضي بالفسخ

فان نكل الزوج عن اليمين ، حلفت هي أنه لم يطأها . فان حلفت على ذلك أو أقر هو بذلك استقلت هي بالفسخ ، كما يستقل بالفسخ من وجد بالبيع عيبا لكن إنما تفسخ بعد قول القاضي لها : ثبتت العنة ، أو ثبت حق الفسخ ، فاختاري على الأصح . وقال الأزرعي ! قول القاضي للزوجة إن العنة ثبتت ليس شرطا ، بل المراد إعلامها بدخول وقت الفسخ حتى لو بادرت وفسخت قبله نفذ فسخها . وقيل يحتاج إلى إذن القاضي لها بالفسخ ، أو إلى فسخه ؛ لأنه محل نظر واجتهاد فيتعاطاه بنفسه ، أو يأذن فيه .

توجيه الرأى القائل بعدم اشتراط إذن القاضى :

وقد وجه أصحاب الرأى القائل بأن للزوجة أن تستقل بفسخ العقد إذا ثبتت عنة الزوج رأيهم هذا فقالوا : إن خيار العنة خصلة واحدة، وخيارها على الفور. وضرب القاضى المدة ، والثبوت بعدها ، إنما شرعا لتحقق السبب المقتضى للفسخ على الفور، فإذا تحقق السبب استقلت بالفسخ لئلا يخرج عن الفورية، بخلاف حالة الإعسار فى النفقة ، فإن الخيار فى الإعسار على التراخى ، ولذا لو رضيت المرأة بإعساره كان لها الفسخ بعد ذلك .

رضاء الزوجة بالعيب بعد انتهاء المدة يسقط خيارها :

ولو رضيت الزوجة بعد انقضاء المدة جميعها (السنة) بأن تقيم مع زوجها بطل حقها فى الفسخ، كما فى سائر العيوب؛ فإن قيل: الإيلاء، والإعسار بالنفقة والإجارة إذا تهدمت الدار لها الفسخ فى ذلك وإن رضيت فهلا كان هناك كذلك! اجيب بأن ضرر هذه الأمور يتجدد . والعنة عيب واحد، إذا تحقق ، لا تتوقع إزالته .

رضاء الزوجة بالبقاء مع الزوج أثناء المدة :

أما فى أثناء السنة المضروبة أجلا للعنين إذا رضيت الزوجة بأن تقيم مع زوجها ، أو إذا رضيت بالبقاء معه قبل ضرب الأجل فإن حقها فى الفسخ للعنة لا يبطل . ولها الفسخ بعد المدة ؛ لأنها رضيت بإسقاط حقها قبل ثبوته فلم يسقط كالعفو عن الشفعة قبل البيع .

إذا أعطت المرأة زوجها أجلا آخر :

المشهور فى المذهب أنه يبطل حق الزوجة فى فسخ عقدها إذا أعطت زوجها أجلا زائدا على الأجل الذى ضربه له القاضى وهو سنة . ولو كان الأجل الذى منحته له شهراً واحداً؛ لأنه على الفور، والتأجيل مفوت له[1].

(١) مغنى المحتاج الى معرفة معانى ألفاظ المنهاج جـ ٣ ص ٢٠٦ ، ٢٠٧

رأى آخر

فى المذهب رأى آخر هو : أنه لا يبطل حق الزوجة إذا أمهلت زوجها مدة أخرى مهما كانت بعد انتهاء المدة التى ضربها له القاضى وهى (سنة) ؛ لأنها أحسنت بالتأجيل ، فلا يلزمها ، ولها الفسخ متى شاءت .

الفسخ بسبب مخالفة شرط فى العقد

إذا شرط فى العقد شرط لصالح أحد الزوجين ،وكان الشرط مما لا يمنع عدمه صحة النكاح ،كاشتراط صفة من صفات الكمال ،كبكارة ، وشباب ، أو النقص، كضد ذلك ، أولا ولا ، كطول،وبياض ، وسمرة ، ثم ظهر خلاف ما اشترط ، فالأظهر صحة النكاح ؛ لأن الخلف فى الشرط لا يوجب فساد البيع ، مع تأثره بالشروط الفاسدة ؛ فالنكاح أولى . ثم إن بان الموصوف بالشرط خيرا مما شرط كشرط كونها كتابية فبان أنها مسلمة،أوأمة فبان أنها حرة ، فلاخيار فى ذلك ؛ لأنه أفضل مما شرط ، وإن بان دونه فله الخيار كان شرط كونها حرة فبانت أمة .

الرأى الثانى عدم صحة النكاح

والرأى الثانى أنه متى تخلف الشرط الذى اشترط أثناء العقد فلا يصح النكاح ؛ لأن النكاح يعتمد الصفات ؛ فتبدلها كتبدل العين .

تنبيـه

١ ـ ما تقدم فى الشرط الذى يذكر أثناء العقد. أما إذاكان الشرط قبل العقد ،فإنه لا اعتبار به فى الخيار .

٢ ـ إذا ظهر أن نسب الزوج أو الزوجة خلاف ماشرط فلمن اشترط وخلف شرطه الخيار . لكن إذا ساوى الزوج الزوجة فى النسب أو زاد عليها فلا خيار لها ، وإن كان دون الشروط . ومثل ذلك العفة ، والحرية، إذا شرطت فى العقد

الفسخ بسبب خلف الظن

لاخيار بسبب خلف الظن ما دام لم يكن هناك شرط لم يتحقق إلا فى مسائل مستثناة وتفصيل ذلك فيما يلى :

لو تزوج امرأة ظنها مسلمة ،أو حرة، فبانت كتابية ، أو أمة، وهى تحل له، فلا خيارله، فيهما، فى الأظهر؛ لأن الظن لا يثبت الخيار ؛ لتقصير صاحبه بترك البحث ، أو الشرط ... كما لو ظن العبد المبيع كاتبا ، فلم يكن .

الرأى الثانى

وقيل يثبت الخيار ؛ لأن ظاهر الدار الإسلام والحرية . فإذا خالف ذلك ثبت الخيار .

تزوجت من ظنت أنه كف، لها

لو أذنت المرأة لوليها فى تزويجها بمن ظنته كفئا لها فبان فسقه ، أو دناءة نسبه وحرفته، فلا خيار لها ولا لوليها ؛ لأن التقصير منها ومنه ،حيث لم يبحثا عن الزوج قبل العقد ولم يشرطا الكفاءة فى العقد . لكن لو بان أن الزوج معيب ، أو بان عبدا ، وهى حرة ، وأذن له سيده فى النكاح فلها الخيار فى المسألتين[١] .

المذهب الحنبلى

التطليق بسبب العيب

قسم الحنابلة ، كما قسم المالكية والشافعية ، عيوب النكاح المثبتة للخيار إلى ثلاثة أقسام : إحداها ما يختص بالرجال ،وثانيها ما يختص بالنساء وثالثها ما يشترك فيه الرجال والنساء . وتفصيل ذلك فيما يلى :

---

(١) المصدر السابق .

عيوب الرجال خاصة :

الجب

إذا وجدت الزوجة زوجها مجبوبا : أى مقطوع الذكر ، لم يبق منه ما يطأ به ، أو أشل، فلها الفسخ فى الحال ؛ فإن أمكن وطؤه بالباقى فادعى الوطء وأنكرته، قبل قولها مع يمينها .

العنين

وإن ظهر أن الزوج عنين لا يمكنه الوطء أجل سنة هلالية سواء كان حراً أو عبداً ولا تعتبر عنته إلا بعد بلوغه . وتبدأ السنة من يوم الترافع إلى الحاكم. ولا بد أن يكون الإمهال بمعرفة الحاكم - ولا تعتبر من السنة المدة التى اعتزلته فيها . لكنه لو عزل نفسه أو سافر ، حسب عليه ،فإن وطىء فيها فلا خيار لها ، وإلا فلها الفسخ .

ثبوت العنة

تثبت العنة بإقرار الزوج بها عند الحاكم ، أوبأن تقيم الزوجة بينة تشهد عند الحاكم أنه أقر بأنه عنين .كما تثبت بنكوله عن اليمين إذا وجه له، وذلك حينما يدعى الوطء وتنكره الزوجة . أما إذا أنكر الزوج ولم تكن له بينة، ولم يدع وطأ، حلف ، فان نكل أجل سنة ، فان اعترفت بأنه وطئها فى فترة التأجيل ، ولو فى مدة حيض ،أو إحرام ،أو وهى صائمة ،بطل كونه عنينا .

علمها بالمرض يسقط خيارها

لو قال الزوج إن امرأتى قد علمت أنى عنين من قبل أنكحها، فان أقرت بذلك، أو ثبت ببينة فلا يؤجل ، وهى امرأته . وإن علمت أنه عنين بعد الدخول فسكتت عن المطالبة، ثم طالبت بعد، فلها ذلك ،ويؤجل سنة من يوم ترافعه .

رضاها بالعنين يسقط خيارها

وإن قالت الزوجة فى وقت من الأوقات رضيت به عنينا لم يكن لها المطالبة بعد بفسخ النكاح .

ادعى وطء البكر

ولو ادعى الزوج المدعى عليه بأن به عنة: أنه وطء زوجته البكر. فشهدت بأنها عذراء امرأة ثقة ، أجل سنة . والأحوط شهادة امرأتين . وإن لم يشهد بأنها عذراء أحد ، فالقول قوله . وعليها اليمين إن قال زوجها أزلتها وعادت لاحتمال صدقه . وإن شهد بزوال بكارتها أحد لم يؤجل . وعليه اليمين إن قالت زالت بغيره .

ادعى الوطء وكانت ثيبا

وإن كانت الزوجة ثيبا وادعى وطأها بعد ثبوت عنته: وأنكرته . فالقول قولها . ولو ادعى الوطء ابتداء مع إنكار العنة ، وأنكرت الوطء . فالقول قوله مع يمينه ، فان نكل قضى عليه بنكوله .

لاتزول العنة بادعاء الوطء في الدبر

ولو ادعى أنه وطء زوجته في دبرها فلا يسقط خيارها؛ لأن الدبر ليس محلا للوطء ولذلك فالوطء فيه لا يتعلق به إحصان، ولا إحلال لمطلقها ثلاثا.

المجنون العنين

والمجنون إذا أصابته عنة يؤجل سنة أسوة بالعقلاء ؛ لأن مشروعية الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عند الوطء ويستوى فيه المجنون وغيره، فان لم تثبت عنته لم تضرب له مدة[1] والقول قول الزوجة هنا فى عدم الوطء ولو كانت ثيبا .

العجز عن الوطء لعارض يزول

وإن علم أن عجزه عن الوطء لعارض يزول كصغر ، أو مرض مرجو الزوال لم تضرب له مدة .

---

(١) منتهى الايرادات للبهوتى جـ ٣ ص ٥٠ والاقناع جـ ٢ ص ١٩٨

الفسخ بسبب العيوب المشتركة

الإغماء والجنون

إن زال العقل بمرض، فيسمى ذلك إغماء، فإن زال المرض ودام زوال العقل فجنون . ولا خيار بسبب الإغماء . أما الجنون فموجب للخيار، وإن كان جنونا متقطعا .

الجذام والبرص والبخر

وإذا وجد جذام بأحد الزوجين فللآخر خيار الفسخ . وكذلك البخر (وهو نتن الفم) يثبت به خيار الزوج الآخر .

اللجوء لأهل الخبرة

وإذا حصل خلاف فى بياض بالجسد هل هو بهاق أو برص ، أو فى علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين هل هو جذام أم لا، يرجع إلى أهل الخبرة فى معرفة ذلك، فإن شهد للمدعى بما قال ثبت ما ادعاه . وإلا حلف المنكر ، والقول قوله .

بقية العيوب المشتركة

كما يفسخ العقد بواحد من العيوب الآتية :

استطلاق بول - واستطلاق نجو (أى غائط) - والإصابة بباسور ، وناصور بالمقعدة ، وبقرع رأس إذا كان له ريح منكرة ، فإن لم يكن له ريح فلا فسخ به .

الخنوثة

إذا ظهر أن أحد الزوجين خنثى غير مشكل فيفسخ النكاح فى الحال أما المشكل فلا يصح نكاحه .

العيوب الحادثة بعد العقد

وحدوث هذه العيوب قبل العقد أو مقارنا له أو طارئة بعده يثبت بها الخيار . وكذلك لوكان من يتمسك بالخيار معيبا بمثل العيب الذى بسببه يفسخ العقد أو مغايرا له ؛ لأن الإنسان قد يأنف من غيره ، ولا يأنف من عيب نفسه .

لا يفسخ بغير العيوب المذكورة :

والعيوب السابق ذكرها هى على سبيل الحصر لا على سبيل المثال فلا يفسخ بغيرها . ولذلك لا فسخ للنكاح بسبب العرج ، أو العور ، أو قطع اليد أو الرجل ، أو العمى ، أو الخرس ، أو الطرش ، أو القرع الذى لا ريح له ، أو العقم ، أو النحافة أو السمن ؛ لأن كل ذلك لا يمنع الاستمتاع ، ولا يخشى تعديه[1] .

شروط صحة الفسخ

١ - أن يكون العيب موجوداً وقت الفسخ ، فاذا زال بعد العقد ، وقبل الفسخ ، سقط الخيار .

٢ - ألا يكون قد علم بالعيب وقت العقد لدخوله على بصيرة .

٣ - ألا يوجد مايدل على الرضا بالعيب بعد العلم به من قول صريح أو وطء ، أو تمكين ، فان ادعى الجهل بالخيار ومثله يجهله فالأظهر ثبوت الفسخ وقيل يسقط الخيار بالجهل بملك الفسخ بسبب العيب .

٤ - أن يحكم بالفسخ حاكم أو يرد الحاكم الفسخ إلى من له الخيار فيفسخ النكاح ؛ لأنه فسخ مجتهد فيه ، فأشبه الفسخ للإعسار بالنفقة .

٣ - العيوب الخاصة بالنساء

يثبت الخيار بوجود عيب بالزوجة من عيوب النساء الآتية :

١ - الرتق . وهو كون الفرج مسدوداً ملتصقا لا مسلك للذكر فيه .

٢ - القرن والعفل : وهو لحم يحدث فى الفرج يسده وقيل : القرن عظم

(١) منتهى الارادات ج ٣ ص ٥١ .

أو غدة تمنع ولوج الذكر وقيل: العفل رغوة تمنع لذة الوطء، وقيل: شيء يخرج من الفرج شبيه بالأدرة التي للرجال في الحقيقة. وعلى كلا الاقوال يثبت به الخيار.

بطلان الفسخ

ومتى ظهر ألا عيب، وقد كان النكاح قد فسخ بسبب العيب، بطل الفسخ، واستمر النكاح.

الفسخ بسبب فقدان الشروط

إذا شرط احد الزوجين شرطا وظهر خلاف ما اشترط: كأن يشترط الزوج ان تكون زوجته جميلة، او بكرا أو نحوه، فبانت خلافه، فله الخيار. وكذا لو شرطته الزوجة أو شرط الزوج السلامة من كل عيب. فبانت معيبة.

الفسخ بسبب الغرر

ولو عقد الزواج ظانا انها حرة، او ظنت هي أنه حر، فبان عبدا، فالخيار للزوج في الحالة الأولى، ولها الخيار في الحالة الثانية.

الفسخ بالعيب ليس طلاقا

والفسخ بسبب العيب لا يعد طلاقا، بل هو فسخ للنكاح، فلا ينقص به عدد الطلقات. ويصح الفسخ مع غيبة الزوج: كفسخ المشترى بيعا معيبا مع غيبة بائعه[1]

تنبيه

لو زوج ولي الصغير، أو الصغيرة، أو المجنون، أو المجنونه، أو العبد، أو الأمة، زوجا معيبا بعيب يرد به العقد بغير رضا، لم يصح النكاح إن علم بالعيب؛ لأنه عقد لهم عقدا لا يجوز عقده، كالو باع عقار المن في حجره لغير مصلحة. وإذا لم يكن الولي يعلم انه معيب صح العقد وله الفسخ إذا علم العيب[2].

(١) منتهى الايرادات للبهوتي ج٣ ص ٥٢ - والاقناع ج ٣ ص ٢٠٠

(٢) وفي منتهى الإيرادات ج ٣ ص ٥٣: « وفي الإقناع تبعا للمغني والشرح الكبير، وشرح ابن منجا، وشرح الوجيز للزركشي، وغيرها، يجب الفسخ على ولي غير المكلف، والمكلفة، وسيد الأمة.

المذهب الظاهرى

التطليق بسبب العيب

لاطلاق بسبب العنة

لا يرى الظاهرية جواز التطليق بسبب العنة؛ قال ابن حزم : ومن تزوج امرأة فلم يقدر على وطئها، سواء كان وطئها مرة أو مرارا ، أو لم يطأها قط، فلا يجوز للحاكم ، ولا لغيره ، أن يفرق بينهما أصلا، ولا أن يؤجل له أجلا. وهى امرأته، إن شاء طلق وإن شاء أمسك .. وبعد ان ذكر ابن حزم الخلاف الواقع فى هذا الموضوع وأدلته قال : وبرهان صحة قولنا. هو أن كل نكاح صحيح بكلمة الله عز وجل وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حرم الله تعالى به بشرة الزوجة ، وفرجها ، على كل من سوى زوجها، فمن فرق بينهما بغير قرآن أو سنة ثابتة فقد دخل فى صفة الذين ذمهم الله تعالى بقوله : (فيتعلمون منهما مايفرقون به بين المرء وزوجه) ونعوذ بالله من هذا وقد صح عن رسول الله صلى الله مثل قولنا، كما روينا من طريق مسلم نا أبو الطاهر وحرملة بن يحيى ، واللفظ له، قال : نا ابن وهب اخبرنى يونس - هو ابن يزيد - عن الزهيرى عن عروة بن الزبير ان عائشة رضى الله تعالى عنها اخبرته أن رفاعة القرظى طلق امرأته فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير فجاءت إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله : إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير وإنه والله مامعه إلا مثل الثوب ، وأخذت بهدبة من جلبابها ، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا، وقال :(١) لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة ، لا - حتى تذوقى عسيلته ، ويذوق عسيلتك ، وذكر الحديث ، وقال ابن حزم شارحا دليله : فهذه تذكر أن زوجها لم يطأها ، وإن إحليله كالهدبة، لاينتشر ، إليها وتشكو ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وتريد

(١) المحلى لابن حزم جـ ١٠ ص ٥٨ ، ٥٩ ، ٦١ ، ٦٢ مسألة رقم ١٨٥٨ .

مفارقته فلم يشكها. ولا أجل لها شيئا، ولا فرق بينهما. وفى هذا كفاية لمن عقل[1].

لا طلاق بسبب أى عيب :

وقال ابن حزم أيضا لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث، ولا ببرص ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب ولا بأن تجده هى كذلك، ولا بعنانة، ولا بداء فرج ولا بشىء من العيوب.

لا تطليق للعجز عن النفقة أو لعدم الإنفاق :

ويرى الظاهرية إنه لا تطليق لعدم نفقة، ولا لعدم كسوة، ولا لعدم صداق ولا بانقضاء الأربع الأشهر فى الإيلاء. ولا بزواج أمة على حرة ولا بزواج حرة على أمة. ولا زنا يحدث من أحدهما ولا بزناه بحريمها كأمها أو جدتها، أو بنتها، أو بنت ابنها أو بنت ابنتها، أو أختها أو عمتها ولا بزناها بابنه، ولا بتفريق الحكمين، ولا بتخييره اياها، اختارت نفسها أولم تختر، ولا بأن يقول لها أنت على حرام، أو بقوله لزوجته: أنت على كالميتة والخنزير، والدم، ولا بهبته إياها لأهلها، قبلوها أولم يقبلوها، ولا بخروجها من أرض الحرب غير مسلمة، ولا ببيع الأمة ذات الزوج، ولا ببيع العبد، ولا بفقد الزوج؛ لأنه لا يدرى اين هو. وهما فى كل ذلك باقيان على الزوجية كما كانا.

النكاح بشرط السلامة من كل عيب

قال ابن حزم : فإن اشترطا السلامة فى عقد النكاح فوجد عيبا أى عيب كان فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له فى إجازته، ولا صداق فيه، ولا ميراث، ولا نفقة، دخل أو لم يدخل؛ لأن التى أدخلت عليه غير التى تزوج، ولأن السالمة غير المعيبة، بلاشك، فإذا لم يتزوجها فلا زوجية بينهما[2].

مناقشة ابن حزم آراء مخالفيه

ورد ابن حزم أدلة مخالفيه فقال : إن قول المتأخرين من اصحاب المذاهب الذين يجيزون الخيار فى النكاح بسبب العيوب مشبهين النكاح

---

(١) [illegible]

(٢) [illegible] ١٠٣٥.

بالبيوع ، وأن البيوع ترد بالعيوب، فوجب رد النكاح بذلك. قال : إن هذا قول لا يسوغ التمويه به الا لمن قال بقول أبي ثور والزهري وشريح (يقصد بذلك قول الزهري بجواز الرد بكل داء عضال وقول أبي ثور بجواز الرد بمثل العمى وغيره من العيوب)

المالكية تركوا القياس ثم تمسكوا به :

وأما المالكيون والشافعيون فلا : لأنهم خصوا أربعة عيوب دون سائر العيوب. وهذا ترك للقياس المذكور جملة

الرد على من قال برأى أبي ثور :

ثم نقول لمن قال بمثل قول أبي ثور ، ماندرى فى أى وجه يشبه النكاح البيوع بل هو خلافه جملة : لأن البيوع نقل ملك . وليس فى النكاح ملك أصلا . والنكاح جائز بغير ذكر صداق فى عقده ولا يجوز البيوع بغير ذكر ثمن ، والخيار جائز عندهم فى البيوع مدة مسماة ، ولا يجوز فى النكاح ، والبيع بترك رؤية المبيع ، وترك وصفه باطل ، لا يجوز أصلا ، والنكاح بترك رؤية المنكوحة ، وترك وصفها جائز. والنكاح عند المالكيين جائز على بيت وخادم ووصفاء غـــير موصفين ، ولا يجوز ذلك فى البيوع فبطل تشبيه النكاح بالبيوع جملة .

لا وجه لتخصيص عيب دون عيب :

وقال ابن حزم أيضا : وقال بعضهم: لا يجوز توفية حقوق النكاح مع الجنون أو لا تطيب النفس على مجامعة برصاء أو مجذومة ، ولا يقدر على جماع قرناء وانما تزوجها للجماع ، فقلنا ولا تجوز توفية حقوق النكاح مع الفسق، والنشز وسوء الخلق. ومع البكم والصمم ومع ضعف العقل، فردوا منها، فإن قالوا: قد يتوب من الفسق ، قلنا : وقد يبرأ من الجنون، وأما طيب النفس على الجماع فوالله إن نفس كل أحد لا تطيب على من بها فى خافى جسدها لمعة من برص، ومن لمسها صرع فى الشهر مرة منها على الزانية ، وعلى العجوز السوداء الشوهاء ،

وعلى من بها أكلة فى وجهها، أوحدب فى الصدر أو الظهر أو بكم. هذا مالا شك فيه عند أحد وكل هذه آراء فاسدة ، وإنما النكاح هو كما أمر الله عز وجل ثم امساك بمعروف أو تسريح بإحسان إلا أن يأتى نص صحيح يتوقف عنده[١]

الخبر لا يفيد المدعى

ورد ابن حزم الاستدلال بحديث ، وفر من المجذوم فرارك من الأسد ، فقال : ليس الأمر بالفرار هنا بمفيد إثبات الخيار فى إبقاء الزواج أو فسخ العقد ، ، والمقصود هو الوقاية فقط لا إثبات الخيار على أن الخبر ليس فيه الأبرص ، فمن أين أضيف إليه ، الأبرص ، .

وقال ابن حزم أيضا : أن التمويه بما روى من طريق سعيد بن منصور عن أبى معاوية الضرير عن جميل بن يزيد الطائى عن زيد بن كعب بن عجرة، أنه قال : تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة من بنى غفار فلما دخلت عليه ، ووضعت ثيابها رأى بكشحها بياضا فقال : ألبس ثيابك ، والحقى بأهلك ، قال أبو معاوية : فحدثنا رجل عن جميل بن زيد عن زيد بن كعب ابن عجرة أنه صلى الله عليه وسلم أمر لها بالصداق .

وهذا الحديث من رواية جميل بن زيد ، وهو مطروح ، متروك جملة، وهو عن زيد بن كعب . وهو مجهول إذ لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ، ثم هو مرسل وقال ابن حزم : ولو فرضنا صحة هذا الخبر لم يكن مخالفا لقولنا ؛ لأننا لا نمنع الزوج من الطلاق قبل الدخول ، وبعده إن شاء.

أما القول بأنه لا يؤمن من المجنون قتل صاحبه فثبت خيار الفسخ بالجنون فهذا قول مردود: لأن الفاسق بلا شك أخوف على صاحبه من المجنون، ولا يؤمن من قتله لصاحبه ، ومع هذا فلا يثبت خيار الفسخ بالفسق ولا يرد النكاح به فكذا الجنون[٢] .

---

(١) المصدر السابق ذات الجزء والصفحة والمسألة .

(٢) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ١٠ ص ١١٦ مسألة ١٩٣٥ .

الشيعة الإمامية

التطليق بسبب العيوب

أجاز الشيعة الإمامية فسخ النكاح لكل من الزوجين إذا وجد بالآخر عيبا من العيوب الآتية :

عيوب الرجل :

أما العيوب التى لو وجدت بالرجل فيجوز للمرأة أن تفسخ عقد النكاح بسببها فهى الجنون ، والخصاء ، والعنن ، والجب

عيوب المرأة .

وعيوب المرأة سبعة ، هى :

الجنون ، والجذام، والبرص ،والقرن ، والإفضاء ، والعمى ، والإقعاد وفى الرتق تردد أشبهه وأرجحه : ثبوته عيبا؛ لأنه مرض يمنع الوطء .

ولا ترد المرأة بالعور ، ولا بالزنا ولو حدث فيه ، ولا بالعرج على الأشبه .

شروط الفسخ :

ويشترط أن يكون العيب موجودا بالمرأة أثناء العقد ، وعند الدخول ، فلايفسخ النكاح بالعيب المتجدد بعد الدخول . أما المتجدد بعد العقد ففيه تردد عدا العنن . كما يشترط عدم امكان الوطء فى الرتقاء أو القرناء أو عدم امكان العلاج . لكن إذا امكن العلاج وامتنعت المرأة منه فللزوج الخيار وقيل تفسخ المرأة بجنون الرجل المستغرق لاوقات الصلاة ، وإن تجدد .

الفسخ بالعيب ليس طلاقا :

وفسخ عقد النكاح بسبب العيوب التى ذكرناها ليس من قبيل الطلاق، فلا ينقص به عدد الطلقات ، ولا يطرد معه تنصيف المهر .

لا حاجة إلى حكم حاكم

ولا يفتقر الفسخ بالعيوب إلى حكم حاكم. ويفتقر فى العنن إلى ضرب الأجل.

الفسخ بسبب العنة

لو ادعت الزوجة أن زوجها عنين ، فأنكر ، فالقول له مع يمينه . فإذا ثبتت العنة ، يثبت لها الخيار ، ولو كان متجددا ، إذا عجز عن وطئها ، قبلا ودبرا وعن وطء غيرها . ولو ادعى الوطء ، فأنكرت فالقول قوله مع يمينه.

فورية الخيار

وخيار العيب، على الفور فلو أخر من له الفسخ مختارا مع علمه بالعيب بطل خياره سواء فى ذلك الرجل والمرأة وإن جهل الخيار ، أو الفورية فالراجح أنه عذر وله الخيار بعد العلم بالعيب على الفور ، وكذا لو نسيهما ، ولو منع من طلب الخيار بأن قبض على فيه ، أو هدد بما يعد إكراها فلم يطلب الخيار على الفور فلا يسقط خياره حتى يزول المانع، ثم تعتبر الفورية حينئذ.

ابتداء الأجل

ولو صبرت الزوجة مع وجود العنن فى زوجها فلا بحث . وان رفعت أمرها إلى الحاكم أجلها سنة تبدأ من حين الترافع : فإن عجز عنها وعن غيرها فلها الفسخ ونصف المهر (١)

الفسخ بسبب مخالفة الشرط

لو تزوج امرأة بشرط انها حرة، فظهرت أمة، أو مبعضة، فله الفسخ وأن دخل بها ؛ لأن ذلك فائدة الشرط . هذا كله إذا كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمة . ووقع بإذن مولاها أو مباشرته .

الفسخ بسبب الغرر

ولو لم يشترط الحرية لكنه تزوجها على انها حرة ، أو أخبرته حرة قبل الزواج ، أو اخبره مخبر بذلك، ففى إلحاقه بالوشرط نظر . . من ظهور التدليس ، وعدم الاعتبار بما تقدم من الشروط على العقد . وكذا تفسخ هى لو تزوجته على أنه حر فظهر عبدا . ولو شرط انها بكر فظهرت ثيبا، فله الفسخ بمقتضى الشرط الذى سبق العقد .

---

(١) المختصر النافع للحلى [illegible] والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج٢ ص١٢٧

رأى آخر

وهناك رأى آخر يقول : لا فسخ للعقد ، ولكن ينقص من المهر بنسبة ما بين مهر المثل ، ومهر الثيب ، وقال أصحاب هذا الرأى تأييدا له : إن الزوج لم يرض بالمهر المسمى إلا للزوجة على وصف أن زوجته بكر ، فلما بان له أنها خالية عن الوصف المذكور ، وهو البكارة ، فقد فات سبب رضاه بالمهر المسمى ، فيلزم التفاوت كالفرق ما بين كون المبيع صحيحا ، ومعيبا [1]

القانون

التطليق للعيب

نظم القانون أحكام تطليق الزوجة على زوجها لعيب بالزوج فى المواد ٩، ١٠، ١١ من القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠ وقد شرحنا هذه المواد فيما سبق

تنبيه : يجدر بنا أن نشير إلى أن القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠، والقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ ، الخاصين بتنظيم أمور الطلاق للمسلمين فى الجمهورية العربية المتحدة ، لم يتعرضا للحكم فيما إذا وجد الزوج زوجته معيبة بعيب تناسلى ، فبقى الحكم فى هذه الناحية على مذهب الاحناف ، الذين لا يجعلون للزوج خيار الفسخ إذا ما وجد بزوجته أى عيب من العيوب : لأن فى إمكان الزوج الذى يجد بزوجته عيبا لا يستطيع معه أن يعاشرها جنسيا ، أن يتخلص من زوجته بالطلاق .

التطليق بسبب الضرر

رأى عامة الفقهاء

المانعون للطلاق بسبب الضرر

يرى الاحناف ، والشافعية ، والظاهرية ، والإمامية ، أن الزوجة إذا طلبت من القاضى الحكم بطلاقها من زوجها : لأنه يسىء إليها ، ورفض الزوج أن يطلقها ، فإن القاضى لا يجوز له أن يحكم بتطليقها عليه ؛ لأن رفع الضرر

(١) المصدرين السابقين .

عن الزوجة ممكن بغير الطلاق فلا يلجأ للطلاق ، فعلى القاضى أن يأمر الزوج بحسن معاشرة زوجته ، واحسان معاملتها ، فإن لم يمتثل عزره بحسب مايراه. وفيما يلى النصوص الفقهية لفقهاء الاحناف والشافعية ، والظاهرية والإمامية فى هذا الموضوع .

المذهب الحنفى

قال صاحب البدائع : « . . . . . ومنها ولاية التأديب للزوج ، إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته، بأن كانت ناشزة ، فله أن يؤدبها ، لكن على الترتيب الآتى .. فيعظها أولا على الرفق واللين بأن يقول لها: كونى من الصالحات القانتات الحافظات للغيب ، فإن تركت ، وإلا هجرها لعل نفسها لاتحتمل الهجر ثم اختلف فى كيفية الهجر قيل يهجرها بألا يجامعها ولا يضاجعها على فراشه، وقيل يهجرها بألا يكلمها فى حال مضاجعته إياها لا لأن يترك جماعها ومضاجعتها؛ لأن ذلك حق مشترك بينهما ، فيكون فى ذلك عليه من الضرر ما عليها، فلا يؤدبها بما يضر بنفسه ويبطل حقه ، وقيل يهجرها بأن يفارقها فى المضجع ، ويضاجع آخرى فى حقها وقسمها : لأن حقها عليه فى القسم فى حال الموافقة وحفظ حدود الله تعالى لا فى حال التضييع وخوف النشاز ، وإلا ضربها عند ذلك ضربا غير مبرح ولا شائن . والأصل فيه قوله عز وجل : « واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن ، واهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن » فظاهر الآية وإن كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق ، لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب ، والواو تحتمل ذلك ، فإن نفع الضرب ، وإلا رفع الأمر إلى القاضى ليوجه إليهما حكمين حكما من أهلها وحكما من أهله كما قال تعالى: «وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما » وسبيل هذا سبيل الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فى حق سائر الناس؛ أن الآمر يبدأ بالموعظة على الرفق اللين دون التغليظ فى القول ، فإن قبلت ، وإلا غلظ القول بها [illegible] قبلت ، وإلا بسط يده فيه ، وكذلك إذا ارتكبت

محظورا سوى النشوز ، ليس فيه حد مقدر فللزوج أن يؤدبها تعزيرا لها ؛ لأن للزوج أن يعزر زوجته كما للمولى أن يعزر مملوكه .(١)

ومن أحكام النكاح المعاشرة بالمعروف وانه مندوب اليه مستحب قال الله تعالى وعاشروهن بالمعروف قيل هي المعاشرة بالفضل والإحسان قولا وفعلا وخلقا قال النبي صلى الله عليه وسلم : خيركم خيركم لأهله . وأنا خيركم لاهلي ، وقيل المعاشرة بالمعروف هي أن يعاملها بما لو فعل بك مثل ذلك لم تنكره بل تعرفه ، وتقبله وترضى به ، وكذلك من جانبها هي مندوبة إلى المعاشرة الجميلة مع زوجها بالإحسان باللسان واللطف في الكلام ، والقول المعروف الذي تطيب به نفس الزوج ، وقيل في قوله تعالى : ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ، إن الذي عليهن من حيث الفضل ، والإحسان ، هو أن يحسن إلى أزواجهن بالبر باللسان والقول بالمعروف(٢) .

المذهب الشافعي

قال صاحب المنهاج وهو من فقهاء الشافعية الأجلاء : فإن تحقق نشوز ، ولم يتكرر ، وعظ وهجر في المضجع ، ولا يضرب في الأظهر . قلت : الأظهر يضرب والله أعلم . فإن تكرر ضرب ، ويقول بعد ذلك : فان أساء خلقه وآذاها بضرب أو غيره بلا سبب نهاه فان عاد عزره (أى القاضى) وإن قال كل : إن صاحبه متعد تعرف القاضى الحال بثقة يَخْبُرُهُمَا ، ومنع الظالم ، فان اشتد الشقاق بعث حكما من أهله وحكما من أهلها(٣) . . . ويشرح هذا الكلام صاحب المغنى فيقول : فان أساء الزوج خلقه وآذاها بضرب أو غيره بلا سبب نهاه عن ذلك ولا يعزره ، فإن عاد إليه وطلبت تعزيزه من القاضى عزره القاضى بما يليق به لتعديه عليها . وإنما لم يعزره في المرة الأولى وإن

(١) بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ج ٢ ص ٣٣٤ .

(٣) مغنى المحتاج لمعرفة معاني ألفاظ المنهاج ج٣ ص٢٥٩ وما بعدها

كان القياس جوازه إذا طلبته قال السبكى : ولعل ذلك ؛ لأن إساءة الخلق تكثر بين الزوجين ، والتعزير يورث وحشة بينهما فيقتصر أولا على النهى لعل الحال يلتئم بينهما ، فان عاد عزره وأسكنه بجنب ثقة يمنع الزوج من التعدى عليها ، وهل يحال بين الزوجين : قال الغزالى : يحال بينهما حتى يعود إلى العدل ، ولا يعتمد قوله فى العدل ، وإنما يعتمد قولها ، وشهادة القرائن ا. هـ

وفصل الإمام فقال : إن ظن الحاكم تعديه ، ولم يثبت عنده لم يحل بينهما وإن تحققه ، أو ثبت عنده وخاف أن يضربها ضربا مبرحا ؛ لكونه جسورا . حال بينهما حتى يظن أنه عدل ؛ إذ لو لم يحل بينهما واقتصر على التعزير لربما بلغ منها مبلغا لا يستدرك . ا. هـ وهذا ظاهر فيمن لم يذكر الحيلولة أراد الحال الأول . ومن ذكرها كالغزالى ، والحاوى الصغير والمصنف فى تنقيحه . أراد الثانى . والظاهر كما قال شيخنا : إن الحيلولة بعد التعزير ، والإسكان . وإن كان لا يتعدى عليها لكنه يكره صحبتها لكبر ، أو مرض أو نحوه . ويعرض عنها فلا شىء عليه[1] :

المذهب الحنبلى

فى المذهب روايتان هما .

الرواية الأولى — لا يجوز التطليق للضرر

نقل عن الحنابلة القول بأنه لا يجوز التطليق على الزوج بسبب الضرر . وعلى القاضى محاولة الإصلاح بين الزوجين ما أمكن ؛ قال صاحب الاقناع : فإن ادعى كل منهما ظلم صاحبه أسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة ، يشرف عليهما ، ويكشف حالهما[2] وقال صاحب المغنى : « واختلفت الرواية عن أحمد فى

---

(١) مغنى المحتاج لمعرفة معانى ألفاظ المنهاج ج ٣ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ .

(٢) الاقناع فى فقه الامام أحمد بن حنبل لشرف الدين موسى الحجاوى المقدسى ج ٣ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ .

الحكمين: ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما «أى للزوجين الذين حصل بينهما الشقاق» لا يملكان التفريق إلا بإذنهما. وهذا مذهب عطاء، وأحد قولي الشافعي. وحكى ذلك عن الحسن، وأبي حنيفة[1].

وجهة نظر أصحاب هذا الرأى

وقال أصحاب الرأى السابق: إن البضع حق الزوج، والمال حق الزوجة والزوجان رشيدان. فلا يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما، أو ولاية عليهما. وهذا غير متحقق في الحكمين.

الرواية الثانية تجيز التطليق للضرر

أما الرواية الثانية في المذهب فتجيز للحكمين أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض. وغير عوض دون حاجة إلى توكيل من الزوجين، ولا رضاهما. فهما حاكمان. وروى مثل ذلك القول عن علي، وابن عباس، وأبي سلمة، وابن عبد الرحمن، والشافعي، والنخعي، وسعيد بن جبير. وهو قول مالك والأوزاعي، وإسحاق، وابن المنذر.

دليل هذا الرأى

واستدل أصحاب هذا الرأى بقول الله تعالى: «فابعثوا حكما من أهله، وحكما من أهلها».

وجه الاستدلال

سمى الله سبحانه وتعالى من يرسلهما الحاكم لمعرفة أسباب الشقاق بين الزوجين بأنهما حكمان — ولم يعتبر رضا الزوجين. ثم قال: «إن يريدا إصلاحا» فخاطب الحكمين بذلك معتبرا ارادتهما لا إرادة الزوجين ورضاهما بتصرف الحكمين.

---

(١) المغنى لابن قدامة الحنبلي ج ٧ ص ٢٥٢ طبع مطبعة الامام بالمنشية تصحيح الشيخ محمد خليل الهراس.

ماروى عن كبار الصحابة

وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السلمانى أن رجلا وامرأة أتيا عليا مع كل واحد منهما فئام من الناس . فقال على رضى الله عنه : ابعثوا حكما من أهله ، وحكما من أهلها ، فبعثوا حكمين . ثم قال على للحكمين هل تدريان ما عليكما من الحق ؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما . فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله على ، ولى . فقال الرجل : أما الفرقة فلا . فقال على : كذبت حتى ترضى بما رضيت به — فهذه الرواية تفيد أن عليا أجبر الرجل على الطلاق .

كذلك روى أن عقيلا تزوج فاطمة بنت عتبة ، فتخاصما ، فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان ، فبعث حكما من أهله هو عبدالله بن عباس ، وحكما من أهلها هو معاوية . فقال ابن عباس : لأفرقن بينهما ، وقال معاوية : ما كنت لأفرق بين شيخين من بنى عبد مناف ، فلما بلغا الباب كانا قد غلقا الباب واصطلحا . فهذه الرواية تفيد أنه يجوز للحكمين أن يفرقا بين الزوجين إذا ساءت العشرة بينهما إساءة بالغة[1] .

مناقشة الرأى الأول

وقال المجوزون للتطليق بسبب الضرر : إن القول بأن الزوجين رشيدان فلا يملك أحد التصرف فى حقوقهما إلا بتوكيل منهما ، أو ولاية ، لا يمنع من تطليق الحكمين على الزوج ؛ إذ لا مانع أن تثبت الولاية على الرشيد عند امتناعه من أداء الحق ، كما يقضى الدين عنه من ماله إذا امتنع ، ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع ؛ فالزوج المضار إذا امتنع عن طلاق زوجته وأمسكها إضرارا بها طلق عليه القاضى إذا ثبت إضراره بزوجته[2] .

(١، ٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى ج ٧ ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ . طبع مطبعة الامام بالقلعة .

المذهب الظاهرى

الطلاق للضرر

لا يجوز الطلاق للضرر

يرى الظاهرية أن العدل بين الزوجات فرض ، وأن الزوج إذا عصته زوجته حل له هجرانها حتى تطيعه ، وضربها بما لم يؤلم، ولا يجرح ، ولا يكسر ، ولا يعفن . فإذا ضربها بغير ذنب أقيدت منه — ولم يقل الظاهرية بجواز تطليق الزوجة على زوجها إذا ضربها لجرحها ، أو كسرها .

دليل الظاهرية

الكتاب

استدل الظاهرية بقوله تعالى : (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ، ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة) .

وجه الاستدلال

أبانت الآية أن العدل واجب بين الزوجات ما أمكن وأكثر ذلك فى قسمة الليالى، حرة كانت الزوجة أو أمة ، مسلمة كانت الزوجة أم ذمية .

كما استدلوا بقوله تعالى: «واللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن، واهجروهن فى المضاجع ، واضربوهن، فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » .

لم يبح الله تعالى للرجل هجران المرأة فى المضجع إلا إذا خاف نشوزها وإنما أباح الضرب ، ولم يبح الجراح ، ولا كسر العظام ، ولا تعفين اللحم . وقال تعالى : «والحرمات قصاص» فصح أنه إن اعتدى الزوج على زوجته بغير حق فالقصاص عليه[1] .

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى ج ١٠ ص ٤١ ، وما بعدها مسألة رقم ١٨٨٨ .

الشيعة الإمامية :

لا تطليق بسبب الضرر

يرى الإمامية أنه إذا حدث شقاق بين الزوجين فعلى القاضي أن يبعث حكمين للإصلاح بين الزوجين — وأنه لا حق لهما في التطليق إلا مع إذن الزوج في الطلاق، والمرأة في البذل. ولو اختلف الحكمان لم يمض لهما حكم(١).

من أجازوا التطليق بسبب الضرر

تفصيل رأي الفقهاء الذين أجازوا التطليق للضرر فيما يلي :

المذهب المالكي

التطليق بسبب الضرر

التطليق بسبب الضرر حق للمرأة :

أباح المالكية للزوجة أن تطلب إلى القضاء تطليقها على زوجها الذي يضارها ويسيء معاملتها وتخشى على نفسها المقام معه، قال صاحب تبصرة الحكام : مسألة : إذا فعل الزوج بزوجته مايوجب القصاص لها منه وكان شريرا يخاف عليها منه إذا اقتصت منه فإنها تطلق عليه(٢).

عجز الزوجة عن الإثبات :

وقال صاحب التبصرة أيضا : وإذا تكررت شكوى المرأة وذكرت إضرار زوجها بها، ورفعت ذلك إلى الحاكم وعجزت عن إثبات ماتدعيه فإن الحاكم يأمر زوجها بإسكانها بين قوم صالحين، ويكلفهم تفقد خبرها، واستعلام ضررها، فإن كانت ساكنة معه في مثل هؤلاء القوم لم يلزمه نقلها إلى غيرهم، يعني وكلفهم تفقد حالها، فإن ظهر لهم أنه الظالم رفعوا ذلك إليه

(١) المختصر النافع للحلي ص ١٩١ — والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ١٣٤ .
(٢) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون المالكي المدني على هامش فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك للشيخ عليش جـ ٢ ص ١٩٥، ١٩٦ .

فزجره الحاكم وأدبه ، وسجنه ، وعاقبه بما يراه ، فإن عمى على الحاكم خبرهما ، وطال تكررها ، ولم يعلم من الظالم منهما لم يسعه أن ينظر فى أمرهما بغير الحكمين ، ومسألة الحكمين مشهورة (مسألة) ومن باع زوجته فقال مالك فى المبسوط ينكل نكالا شديدا . وتطلق عليه بواحدة ، وليس له أن يرتجعها ولا يتزوجها ولا غيرها حتى تعرف توبته وصلاحه مخافة أن راجعها أو تزوج غيرها أن يبيعها . وفى المسألة تفاصيل بين أن يبيعها هازلا ، أو جادا[1].

لا يشترط تكرار الضرر :

وفى مواهب الجليل[2] . ولها التطليق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره مثل : قول ابن فرحون فى شرح ابن الحاجب : من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه فى الفراش عنها ، وإيثار امرأة عليها ، وضربها ضربا مؤلما . وليس من الضرر منعها من الحمام والنزاهة ، وتأديبها على ترك الصلاة ، ولا فعل التسرى انتهى .

الضرر يختلف وحالة المرأة :

وفى التاج والإكليل لمختصر خليل[3] : « ولها التطليق بالضرر ولو لم تشهد البينة بتكرره . . . ابن سلمون : إذا ثبت للمرأة أن زوجها يضربها وهى فى عصمته فقيل : لها أن تطلق نفسها ، كما تفعل إذا كان ذلك شرطا وقيل : ليس لها أن تطلق نفسها حتى يشهد بتكرر الضرر . وانظر بعد هذا قول مالك : من باع زوجته طلقت عليه . وانظر إذا كان لها شرط فى الضرر قال فى السليمانية : إذا قطع الرجل كلامه عن زوجته ، أو حول وجهه عنها فى فراشها فذلك من الضرر بها ، ولها الأخذ بشرطها .

رأى يقول باشتراط تكرار الضرر

قال المتيطى : إذا ثبت أنه يضر بزوجته ، وليس لها شرط ، فقيل : إن لها أن تطلق نفسها ، وإن لم تشهد البينة بتكرار الضرر . قال : ويستوى على القول الأول من شرط الضرر ، ومن لم يشترط . قال مالك : من يريد

(١) المصدر السابق .

(٢) مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٧ .

(٣) على هامش مواهب الجليل جـ ٤ ص ١٧ .

العبادة ، أو ترك الجماع لغير ضرر ، ولا علة : قال له : إما وطئت ، وإما طلقت[1] .

القانون

معنى الضرر

أخذ القانون رقم ٢٥ لسنة ٩٢٩ برأى المالكية فى التطليق للضرر ، وفسر الضرر بأنه هو إيذاء الزوج زوجته بالقول ، أو بالفعل ؛ كالشتم ، والتقبيح ، والتهجين ، والضرب ، وغير ذلك من ضروب الإيذاء ؛ كالإعراض عن الزوجة وهجرها[2] من غير سبب يبيحه ، وهذه أشياء غير الضرر المقصود فى مسألة التطليق للإعسار ، والغيبة والحبس . والتطليق للضرر المذكور فى مواد القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يكون من القاضى وتقع به طلقة واحدة بائنة وهو مأخوذ من مذهب المالكية كما سبق بيانه .

فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضى مدعية أن زوجها يضارها ، وطلبت التفريق بينها وبينه لذلك، فإن القاضى يجيبها إلى طلبها إذا ثبتت صحة دعواها . غير أنه يجب عليه قبل ذلك أن يعمل على الإصلاح بينها وبين زوجها ، فإن لم يستطع ذلك لم يكن إلا التفريق .

وإذا عجزت الزوجة عن إثبات مضارة الزوج لها رفض القاضى دعواها، فإذا تكررت منها الشكوى مع عجزها عن الإثبات كان على القاضى أن يحكم بينها وبين زوجها رجلين من أهلها أو من غيرهم، يختارهما أهلا للإصلاح بين الزوجين وإزاله أسباب النزاع بينهما، ثم يقضى حسب تقرير الحكمين . والمواد التى نظمت التطليق للضرر فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ هى المواد السادسة ، والسابعة ، والثامنة ، والتاسعة ، والعاشرة ، والحادية عشرة .

ويؤخذ من هذه المواد أن الحكمين لا يملكان تطليق الزوجة من

---

(١) المصادر السابق ذكرها .

(٢) المذكرة التفسيرية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية .

زوجها بالفعل إذا ثبت لهما عدوان الزوج على زوجته وإيذائه إياها، بل يقرران الأمر على ماشهدا ، ويقترحان التفريق ، والقاضى هو الذى يحكم بالفرقة بناء على هذا التقرير . وهذا للاحتياط فى أمر الطلاق . ومذهب الإمام مالك الذى أخذ منه هذا القانون يجيز للحكمين إيقاع الطلاق فهو يرى أن تفويض القاضى هذا الأمر لهما تفويض كامل يتناول ملك التطليق.

القانون لم يخالف مذهب المالكية

وإذا نظرنا إلى موقف القانون من الحكمين حيث لم يسمح لهما بأن يطلقا إذا رأيا أن المصلحة فى الطلاق، بل عليهما أن يرفعا تقريرهما للقاضى... أقول: القانون فى ذلك لم يخالف مذهب المالكية فان الحكمين لا يملكان من الأمر إلا ما يأذن به من استمدا منه السلطة وهو القاضى الذى اختارهما فإذا قصر مهمتهما على إجراء التحقيق بين الزوجين مع بذل الجهد فى الإصلاح بينهما، ثم عرض النتيجة عليه؛ ليقرر مايراه حسب التقرير كان حسنا ، وكانا مقيدين بما كلفهما به ؛ ولا يكون فى ذلك مخالفة للمذهب المالكى .

التطليق لغيبة الزوج

المذهب المالكى

أباح المذهب المالكى التطليق على الغائب إذا غاب عن زوجته غيبة تتضرر منها، سواء كان غيابه بعذر مقبول أم بغير عذر وتفصيل ذلك فيما يلى:

قال فى المتيطية : اعلم أن الغائبين على أزواجهم خمسة : فالأول غائب لم يترك نفقة ، ولا خلف مالا ولا لزوجته عليه شرط فى المغيب فإن أحبت زوجته الفراق فإنها تقوم عند[1] السلطان بعدم الإنفاق .

والثانى . غائب لم يترك نفقه ولزوجته عليه شرط فى المغيب : فزوجته مخيرة بين أن تقوم بعدم الانفاق أو بشرطها، وهو أيسر عليها ؛ لأنه لا يضرب له فى ذلك أجل .

---

(١) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ج ٤ ص ١٥٥ ، ١٥٦ .

والثالث غائب خلف نفقة ، ولزوجته عليه شرط فى المغيب . فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة وسواء كان الغائب فى هذه الثلاثة الأوجه معلوم المكان ، أو غير معلوم . إلا أن معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك .

والرابع . غائب خلف نفقة ، ولاشرط لامرأته، وهو مع ذلك معلوم المكان ، فهذا يكتب إليه السلطان : إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلا طلق عليه .

والخامس . غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه وهو مع ذلك غير معلوم المكان . فهذا هو المفقود ... انتهى باختصار .

مدة الأجل

قال صاحب مواهب الجليل : إن ما ذكر فى المتيطية فى الرابع من أنواع الغائبين من أنه يكتب إليه السلطان إلى آخره وإلا طلقها عليه لم يبين كم ينتظر . وقال ابن رشد فى رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من طلاق السنة لم يحدها هنا ، يعنى فى هذا الرسم فى الطول حدا . وقال فى أول رسم شهد من سماع عيسى: إن السنتين ، والثلاث، فى ذلك قريب وليس بطول وهذا اذا بعث إليها بنفقة . أما إذا لم يبعث إليها بنفقة ، ولا علم له مال، فإنها تطلق عليه بعد الإعذار إليه والتلوم عليه . وأما إن ظهر أنه موسر بموضعه فتفرض لها النفقة عليه تتبعه بها ولا يفرق بينهما، فهذا ظاهر قول ابن حبيب فى الواضحة . ومعنى ذلك ما لم يطل، على ما قال هنا[1] .

التطليق على الغائب والمحبوس

فى القانون المصرى

نظم القانون رقم ٢٥ لسنة ٩٢٠ ،والقانون رقم ٢٥ لسنة ٩٢٩ التطليق على الغائب لكن التفريق الوارد فى كل منها يختلف عن الآخر فقانون سنة ٩٢٩

(١) ٤٩٦ مختصر خليل ج ٥

لا ينظر إلى التفريق بسبب الاعسار بينما ينظر إليه القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . فالقانون ٢٥ لسنة ٩٢٩ ينظر إلى ما يلحق الزوجة من عنت وضرر الانفراد فإذا طلبت الزوجة التطليق لهذه الأسباب واحتكمت فى ذلك إلى مواد القانون ٢٥ لسنة ٩٢٩ فيطلقها القاضى لذلك ولو كان له مال تنفق منه، لأن القضية ليست قضية تضرر لعدم الانفاق . والطلاق الصادر من القاضى فى هذه الحالة طلاق بائن . ولا يكون فى حالة الغيبة إلا بعد تمام سنة من أول وقت الغيبة . وفى حالة الحبس لا يكون إلا بعد مضى سنة أيضا من ابتداء الحبس بشرط أن تكون مدة الحبس المحكوم بها حكما نهائيا، وأن تكون ثلاث سنوات فأكثر.

والمواد التى نظمت التطليق للغيبة والحبس فى القانون ٢٥ لسنة ٩٢٩ هى المواد : ١٢، ١٣، ١٤ أما المادة ٢٣ من هذا القانون فنصت على أن السنة تحسب بالتقويم الشمسى التى عدد أيامها ٣٦٥ يوما .

اما الطلاق الصادر بمقتضى القانون ٢٥ لسنة ٩٢٠ بسبب عدم انفاق الغائب والمحبوس على زوجته، فطلاق رجعى . وقد سبق بيانه .

تنبيه

ذكرت المذكرة التفسيرية للقانون ٢٥ لسنة ٩٢٩ أن الحكمة فى اباحة تطليق المرأة التى غاب زوجها هى أن مقام الزوجة، وزوجها بعيد عنها زمنا طويلا مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية فى الأعم الأغلب، وان ترك لها الزوج مالا تستطيع الإنفاق منه .

والحكمة التى ذكرتها المذكرة الإيضاحية كانت تقتضى أن تكون غيبة الزوج سنة فأكثر، بعذر وبغير عذر، مسوغة للفرقة بين الزوجين كما هو مذهب الإمام مالك . ولكن القانون أخذ بمذهب الإمام أحمد . وهو أن القاضى إنما يفرق بين الزوجين للغيبة إذا كانت بلا عذر مقبول. ومعنى هذا

أن القانون أخذ بمذهب الامام مالك فى أحكام التطليق للغيبة ولكنه لم يأخذ به كله بل عدل عن بعضه إلى مذهب الامام أحمد فلفق بين المذهبين .

الاشهاد على الطلاق

الشيعة الامامية

يرى الشيعة الامامية أن أحد أركان الطلاق هو الاشهاد عليه فقالوا : لابد من حضور شاهدين يسمعانه واستدلوا لذلك بقوله تعالى : « واشهدوا ذوى عدل منكم »[1] ولا يشترط استدعاؤهما لسماع الطلاق بل يكفى أن يسمعاه دون أن يكلفا بالحضور لسماعه ، ويشترط فى شهود الطلاق العدالة . وهذا هو الراجح فى المذهب . وقال بعض فقهاء المذهب: يكفى فى شهود الطلاق الاسلام . وكذلك يشترط فى الشهود المذكورة فلا تقبل فيه شهادة النساء . وقال الامامية : أن الرجل لو طلق ولم يشهد على طلاقه ثم أشهد كان الأول لغوا[2] .

المذهب الظاهرى

الاشهاد على الطلاق شرط لوقوع الطلاق

ويفهم مما ذكره ابن حزم فى باب الرجعة أن الاشهاد على الطلاق شرط لوقوع الطلاق ، كما أن الاشهاد على الرجعة شرط لصحتها . فقد قال ابن حزم فى باب الرجعة ما يأتى :

قال أبو محمد : فإن وطئها لم يكن بذلك مراجعا حتى يلفظ بالرجعة ، ويشهد ، ويعلمها بذلك قبل تمام عدتها . فإن راجع ولم يشهد، فليس مراجعا: لقوله تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف، أوفارقوهن بمعروف، وأشهدوا ذوى عدل منكم » قرن الله عز وجل بين المراجعة ، والطلاق ، والاشهاد فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض . وكان من طلق ولم يشهد

---

(١) الآية رقم ٢ من سورة الطلاق .

(٢) المختصر النافع للحلى ص [illegible] والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية جـ ٢ ص ١٥٠

ذوى عدل ، أو راجع ، ولم يشهد ذوى عدل ، متعديا لحدود الله تعالى . وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » . فإن قيل : قد قال الله عز وجل : « وأشهدوا إذا تبايعتم »[١] وقال تعالى فى الدين المؤجل : « واستشهدوا واستشهدين من رجالكم ، فإن لم يكونا رجلين، فرجل[٢] وامرأتان»فلم أجزتم البيع المؤجل وغيره إذا لم يشهد عليه ؟ وقال تعالى : « فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم» فلم أجزتم دفع مال اليتيم إليه إذا بلغ مميزا دون إشهاد ؟ قلنا : لم نجز دعواه للدفع إلا حتى يأتى بالبينة ، وقضينا باليمين على اليتيم إن لم يأت المولى بالبينة على أنه قد دفع إليه ماله ، ولكن جعلناه عاصيا لله تعالى إن حلف حانثا فقط . كما جعلنا المرأة التى لم يقم للزوج بينة بطلاقها، ولا برجعتها، عاصية لله عز وجل إن حلفت حانثة عالمة بأن قد طلقها ، أو راجعها . وأما إجازتنا البيع المؤجل ، وغيره ، وإن لم يشهد عليه، فلقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إنهما بالخيار مالم يتفرقا ؛ فإذا تفرقا ، أو خير أحدهما الآخر ، فاختار البيع فقدتم البيع » أو كما قال عليه الصلاة والسلام؛ مما قد ذكرناه فى كتاب البيوع من ديواننا هذا وغيره بنصه، وإسناده، والحمد لله رب العالمين. وهو فى كل ذلك عاص لله عز وجل إن لم يشهد فى البيع المؤجل وغيره ، وفى دفع المال إلى اليتيم إذا بلغ مميزا ، وفى طلاقه ، وفى رجعته إذا لم يفعل كما أمره الله تعالى[٣] .

رأى جمهور العلماء

فى الإشهاد على الطلاق ـ وفى طلاق الغائب

لا يشترط الإشهاد على الطلاق:

أما فقهاء الاحناف ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ـ فلا يرون

(٢،١) الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٣) المحلى لابن حزم ج ١٠ ص ٢٥١ ، ٢٥٢ .

أن الإشهاد على الطلاق شرط لوقوعه ؛ إذ لا يوجد فى الشريعة الإسلامية عقد يشترط لصحته الاشهاد عليه سوى عقد واحد هو عقد الزواج ؛ لشرف محله ، وعظم شأنه ؛ إذ يتعلق بالاعراض ، والانساب ، وتبنى عليه أحكام باقية بقاء الزمان ، ذات أثر كبير فى حياة الشخص ، واسرته ، كحرمة المصاهرة ، وثبوت النسب ، والارث - ولأن إظهار النكاح بين الناس أمر مرغوب فيه ؛ لتنتفى الريب ، وتمنع مقالات السوء ، وتدفع الشبهات عن الزوجين إذا ما رأى الناس الزوج يتردد على زوجته ، ويقيم معها فى مسكن واحد ، ويعاشرها معاشرة الازواج ، فإذا لم يكن عقد النكاح بينهما قد أعلن واذيع بين الناس وجد مجال واسع للريبة والشك فى هذه المعاشرة . أما الطلاق فهو من العقود التى وصفها الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله : « أبغض الحلال الى الله الطلاق » فلا حاجة إلى اذاعته بين الناس كشرط لصحة وقوعه . واما الأمر بالاشهاد على التداين ، وكذلك الأمر بالإشهاد على البيع فى آية المداينة وهى قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان[1] » وقوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم[2] » فهى عند جمهور العلماء للإستحباب ، والندب لا للوجوب كالأمر بكتابة المداينة فى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه[3] » فلا يفيد الأمر اشتراط الشهادة لصحة البيع ، والمداينة .

طلاق الغائب :

لم اطلع على رأى لجمهور العلماء يؤيد رأى الظاهرية القائل بأن طلاق الغائب لا يقع إلا إذا علمت به الزوجة عن طريق من تصدقه أو بشهادة مقبولة شرعا . بل لقد قال الشيعة الإمامية كما قال جمهور العلماء بوقوع طلاق الغائب - فقد جاء فى المختصر النافع[4] : إذا طلق الغائب ، ثم حضر ،

(١ ، ٢ ، ٣) الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة

(٤) المختصر النافع ٢٠٢

ودخل بزوجته ، ثم ادعى الطلاق لم تقبل دعواه ولا بينته . ومعنى ذلك وقوع طلاق الغائب دون توقف على علم الزوجة به وفيه أيضا[1] : « وتعتد المطلقة من حين الطلاق ، حاضرا كان المطلق أو غائبا إذا عرف الوقت وفى الوفاة من حين يبلغها الخبر وجمع صاحب المغنى[2] آراء فقهاء أهل السنة فى طلاق الغائب إذا كان بغير تلفظ به بأن كان بطريق الكتابه فقال: «ولا يثبت الكتاب بالطلاق إلا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه . قال أحمد فى رواية حرب فى امرأة أتاها كتاب زوجها بخطه وخاتمه بالطلاق: لا تتزوج حتى يشهد عندها عدول . قيل له فإن شهد حامل الكتاب ؟ قال : لا ، إلا شاهدان . فلم يقبل قول حامل الكتاب وحده حتى يشهد معه غيره ؛ لأن الكتب المثبتة للحقوق لا تثبت إلا بشاهدين ككتاب القاضى وظاهر كلام احمد أن الكتاب يثبت عندها بشهادتهما بين يديها ، وإن لم يشهدا به عند الحاكم ؛ لأن أثره فى حقها فى العدة وجواز التزوج بعد انقضائها ، وهذا معنى تختص به ، لا يثبت به حق على الغير ، فاكتفى فيه بسماعها للشهادة . ولو شهد شاهدان أن هذا خط فلان ، لم يقبل ؛ لأن الخط يشبه به ، ويزور . ولهذا لم يقبله الحاكم . ولو اكتفى بمعرفة الخط لا كتفى بمعرفتها له من غير شهادة .

رأى آخر

وذكر القاضى أنه لا يصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه، ثم لا يغيبا عنه حتى يؤديا الشهادة . وهذا مذهب الشافعى .

الراجح

وقال صاحب المغنى : والصحيح أن هذا ليس بشرط ؛ فإن كتاب القاضى لا يشترط فيه ذلك ، فهذا أولى . وقد يكون صاحب الكتاب لا يعرف

(١) المصدر السابق .

(٢) المغنى لابن قدامة الحنبلى جـ ٧ ص ٢٢٥ تصحيح الشيخ محمد خليل هراس طبع مطبعة الامام بالقلعة .

الكتابة ، وإنما يستنيب فيها ، وقد يستنيب فيها من يعرفها بل متى أتاها بكتاب ، وقرأه عليهما وقال هذا كتابى ، كان لهما أن يشهدا به [١] .

القانون

لم يأخذ المشروع فى القانونين رقم ٢٥ لسنة ٩٢٠ ، ٢٥ لسنة ٩٢٩ بنظرية الظاهرية ، فيما يتعلق بطلاق الغائب كما لم يأخذ بنظريتهم ولا برأى الشيعة الإمامية فيما يتعلق بوجوب الإشهاد على الطلاق .

المشروع المقترح

ويوجد الآن فى وزارة العدل المصرية مشروع قانون لتنظيم الأسرة مأخوذ من الشريعة الإسلامية . وقد نص فيه على ضرورة وجوب الإشهاد على الطلاق كما أخذ المشروع برأى الظاهرية فى طلاق الغائب . لكن هذا المشروع لم يصبح بعد حقيقة ملموسة .

---

(١) المصدر السابق .

ثانيا: الخلـــع

انحلال رابطة الزوجية وانقطاع العلاقة التى تكون بين الزوجين والتى أوجبها عقد الزواج النافذ اللازم قد يكون من أسبابها الطلاق وقد شرحناه فيما سبق. وقد يكون بسبب الخلع . وهو ان تقدم الزوجة لزوجها شيئاً من المال تفتدى به نفسها وتتخلص من رابطة الزوجية، وذلك حينما تشعر أن الحياة الزوجية بينها وبين زوجها أصبحت لاتطاق وانها تنغص زوجها، ومن المستحيل فى نظرها إستمرار الحياة الزوجية بينها وبينه، وأن عليها ان تسلك طريق الخلاص من هذا العقد الذى كان المفروض فيه أن يكون أبديا فتتقدم لزوجها عوضا عما أنفقه فى سبيل الزواج بها وهذا مايسمى فى الفقه الإسلامى باسم «الخلع» وهو المذكور فى قوله تعالى: **﴿ولايحل لكم أن تأخذوا ممَّا أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله ، فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون﴾**[1] .

وفى تفسير هذه الآية قال الإمام القرطبى:

الآية خطاب للازواج، نهوا ان يأخذوا من ازواجهم على وجه شيئاً وهذا هو الخلع الذى لايصح إلا بألا ينفرد الرجل بالضرر وخص بالذكر ماأتى الأزواج نساءهم لأن العرف بين الناس أن يطالب الرجل عند الشقاق والفساد ما خرج من يده لها صداقا وجهازا فلذلك خص بالذكر .

وقد قيل إن قوله: ﴿ولايحل﴾ فصل معترض بين قوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ وبين قوله: ﴿فإن طلقها﴾ .

(١) الآية رقم ٢١٩ من سورة البقرة.

وقال الإمام القرطبى أيضا :

والجمهور على أن أخذ الفدية على الطلاق جائز وأجمعوا على تحظير أخذ مالها إلا أن يكون النشوز وفساد العشرة من قبلها . . . .

وحكى أبن المنذر عن النعمان أنه قال :

إذا جاء الظلم والنشوز من قبله وخالعته فهو جائز ماض وهو آثم ولايحل له ماصنع ولايجبر على ردما أخذه . قال ابن المنذر : وهذا من قوله خلاف ظاهر كتاب الله ، وخلاف الخبر الثابت عن النبى -ﷺ- .

وخلاف ما أجمع عليه عامة أهل العلم من ذلك . ولا أحسب أن ل قيل لأحد، اجهد نفسك فى طلب الخطأ ما وجد امرا أعظم من أن ينطق الكتاب بتحريم شئ ثم يقابله مقابل بالخلاف نصا فيقول : بل يجوز ذلك : ولايجبر على رد ما أخذ .

قال أبو الحسن بن بطّال : روى ابن القاسم عن مالك مثله ، وهذا القول خلاف ظاهر كتاب الله تعالى وخلاف حديث امرأة ثابت وسيأتى[١] .

وفيما يلى تفصيل للفرقة بطريق الخلع نذكره نقلا عن كتب المذاهب الفقهية : فنقول :

المذهب الحنفى :

معنى الخلع فى اللغة : الخلع فى اللغة معناه النزع والإزالة يقال خلع

(١) راجع تفسير القرطبى «الجامع لأحكام القرآن» لأبى عبد الله محمد بن احمد الانصارى القرطبى المجلد الثانى الجزء الثالث ص ١٣١ ومابعدها.

فلان ثوبه خلعا وخلعاً إذا نزعه وازاله عنه .

وخلع فلان زوجته خلعا وخلعاً إذا أزال زوجيتها إلا أن العرف خصر استعمال «الخلع» بضم الخاء فى إزالة الزوجية وباستعمال «الخلع» بفتح الخاء فى إزالة غير الزوجية .

المعنى الاصطلاحى: عرف فقهاءالحنفية الخلع بأنه : حل رابطة الزوجية بلفظ الخلع أو مافى معناه فى نظير عوض من الزوجة .

قال صاحب البدائع :

أما الخلع فجملة الكلام فيه : أن الخلع نوعان :

١- خلع بعوض .
٢- خلع بغير عوض .

أما الذى هو بغير عوض فنحو أن قال لامرأته خالعتك ولم يذكر العوض فإن نوى به الطلاق كان طلاقا وإلا فلا لأنه من كنايات الطلاق عندنا . ولو نوى ثلاثا كان ثلاثا ، وإن نوى اثنين فهى واحدة عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر بمنزله قوله : أنت بائن ونحو ذلك على ما مر[١] .

هل يحتاج انهاء عقد النكاح إلى قضاء:

يرى الحنفية أن هناك انهاء لعقد النكاح يحتاج إلى قضاء فى بعض حالاته -وفى بعض آخر انهاء النكاح لايحتاج إلى قضاء .

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للأمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى الملقب بملك العلماء المتوفى ٥٨٧ هـ ص ١٤٤ وما بعدها . الطبعة الأولى سنة ١٣٢٨هـ - ١٩١٠م مطبعة الجمالية. بمصر.

ومن الأمثلة الموضحة لذلك مايلى :

١- الخلع انهاء عقد النكاح بالخلع لايتوقف على قضاء .

٢- الطلاق كذلك لايتوقف على قضاء القاضى إنهاء عقد النكاح بلفظ من ألفاظ الطلاق ومن ذلك تفويض الطلاق إلى الزوجة إذا استعملت هذا الحق فطلقت نفسها من زوجها .

٣- انهاء عقد الزواج بسبب الإيلاء وهو أن يقسم الزوج ألا يقرب زوجته مدة أربعة أشهر أو أبدا فإذا مضت مدة اربعة اشهر ولم يقربها فإنها تطلق منه طلقة بائنة عند الحنفية جزاءا له على ظلمه وإزالة لسلطانه عليها .

٤ - الفرقة بسبب فساد العقد كما اذا كان الزواج بغير شهود أو ظهر بعد الزواج أن الزوجة اخت للزوج من الرضاع .

٥ - الفرقة بسبب الردة -فإذا ارتد احد الزوجين ثبتت الفرقة بينهما من غير توقف على القضاء .

اما اذا ارتد الزوجان معا فالراجح فى مذهب الحنفية أنه لايفرق بينهما بمجرد الردة -ولهذا لو عادا معا إلى الإسلام كانت الزوجية باقية من غير حاجة إلى عقد جديد .

وقد فعل ذلك مع المرتدين فى عهد أبى بكر رضى الله عنه فإنهم لما عادوا إلى الإسلام لم يفرق بينهم وبين نسائهم بل اقروا على ماكان بينهم من زواج[١] .

انهاء عقد النكاح لسبب يتوقف على القضاء به :

هناك من الأسباب الموجبة لانهاء رابطة الزوجية ويحتاج الأمر فيها

---

(١) بدائع الصنائع للكاسانى جـ٢ ص ٣٣٧ ، ٣٣٨ مرجع سابق.

إلى قضاء من القاضى وهى اسباب قال بها بعض المذاهب عدا المذهب الحنفى وهى مايجرى عليه العمل بها فى المحاكم الآن طبقا للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩م وهذه الأسباب هى :

١- الفرقة بسبب الإضرار بالزوجة وسوء عشرة الزوج معها.

٢- الفرقة بسبب غيبة الزوج أو حبسه.

٣- الفرقة بسبب إعسار الزوج بالنفقة أو امتناعه عن الانفاق على زوجته.

المذهب المالكى :

وقال صاحب الشرح الكبير فى تعليق حاشية الدسوقى عليه مايلى الكلام فى الخلع ومايتعلق به من الأحكام فيه مايلى :

الخلع لغة : هو النزع : يقال خلع الرجل ثوبه إذا نزعها من عليه.

وشرعا : هو طلاق بعوض -ويرد على هذا التعريف ما ورد على تعريف المصنف من عدم شموله لفظ «الخلع» بدون عوض.

والجواب : أن هذا تعريف لأحد نوعى الخلع وترك تعريف النوع الآخر لكونه بدهيا.

وجاء أيضا فى هذا الصدد.

الطلاق لغةهو الارسال وإزالة القيد كيف كان.

وشرعا هو إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة أو بلفظ -ما- مع نية.

وأما الثانى: وهو أن يكون مقرونا بالعوض كما ذكرنا بأن قال: خالعتك على كذا وذكر عوضا.

واسم الخلع يقع عليهما إلا أنه عند الاطلاق ينصرف إلى النوع الثانى فى عرف اللغة والشرع فيكون حقيقة عرفية وشرعية. حتى لو قال لأجنبى: إخلع امرأتى فخلعها بغير عوض لم يصح.

وكذا لو خالعها على ألف درهم فقبلت، ثم قال الزوج: لم أنو به الطلاق لايصدق فى القضاء لأن ذكر العوض دليل إرادة الطلاق ظاهراً فلا يصدق فى العدول عن الظاهر، بخلاف ما إذا قال لها خالعتك ولم يذكر العوض ثم قال ما أردت به الطلاق فى أنه بصدق إذا لم يكن هناك دلالة حال تدل على إرادة الطلاق من غضب أو ذكر طلاق على ماتذكره فى الكنايات. لأن هذا اللفظ عند عدم ذكر التعويض يستعمل فى الطلاق وفى غيره فلا بد من النية لينصرف إلى الطلاق، بخلاف ما إذا ذكر العوض، لأنه مع ذكر العوض لايستعمل فى العرف والشرع إلا للطلاق[١].

حقيقة الخلع عند المالكية:

والخلع بالضم للخاء على المشهور هو الطلاق بعوض وهذا هو الأصل فيه -وقد يكون بلا عوض اذا كان بلفظ الخلع وجاز أن يكون بلا حاكم- فالخلع يجوز بحاكم وبلا حاكم.

العوض: يجوز الخلع بخلع تقدمة الزوجة لزوجها كى يخلصها من عقد النكاح -ويجوز ان يكون العوض من غير الزوجة ولو أجنبيا عنها،

(١) حاشية الدسوقى جـ ٢ ، ص ٤٧.

وبشرط أن يكون أهلا للالتزام بالعوض الذى يذكره فى الخلع وذلك بأن يكون رشيدا سواء كان الملتزم بدفع بدل الخلع هى الزوجة أو غيرها فلا يصح الالتزام بالعوض من صغيرة أو سفيهة ذات ولى أو مهملة وهذا هو المشهور فى المذهب، ولا يصح من ذات الرق إلا بإذن سيدها فالصغيرة والسفيهة وذات الرق لايلزمهن العوض وإن قبضه الزوج رده.

رأى آخر وفى حاشية الدسوقى مايفيد ان هناك رأى يخالف الرأى المشهور فى المذهب فى هذا الموضوع وهذا الرأى يقول بلزوم العوض فى الخلع للسفيهة والمهملة[1].

المذهب الشافعى:

حقيقة الخلع لغة: الخلع بضم الخاء أو بفتحها هو النزع سمى به الخلع الشرعى لأن كلا من الزوجين لباس للآخر قال تعالى: ﴿**هن لباس لكم وأنتم لباس لهن**﴾ فكأنه بمفارقة الآخر نزع لباسه عنه.

الخلع فى اصطلاح الشرع أما الخلع شرعا فهو فرقة بعوض مقصود يحصل للزوج أو لسيده.

دليل المشروعية اما دليل مشروعية الخلع فقد استدل له الشافعية بالكتاب والسنة والإجماع فقالوا:

الكتاب أما من الكتاب فقد استدل الشافعية على مشروعية الخلع بقوله تعالى: ﴿فإن خفتم أن لايقيما حدود الله﴾ **الآية** وبقوله تعالى: ﴿فإن طبن لكم عن شئ منه نفسا﴾ **الآية**.

---

(١) حاشية الدسوقى جـ ٢، ص ٣٤٨ مرجع سابق.

السنة ومن السنة استدل الشافعية بالحديث الذى روى فى البخارى عن ابن عباس وفيه : أتت أمرأة ثابت بن قيس[١] اتت النبى - ﷺ - فقالت : يارسول الله ثابت بن قيس ما أعتب وفى رواية (ما أنقم عليه) فى خلق ولادين ولكن أكره الكفر فى الإسلام (أى كفران النعمة) فقال (أتردين عليه حديقته) قالت : نعم قال : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة . (وقوله كان ضربها) (أى فخافت أن يحملها ذلك على كفران نعمته وفى رواية فردّتها، وأمره بفراقها .

وزاد النسائى أنه كان ضربها فكسر يدها فخافت ان يحملها ذلك على كفران نعمته .

قال ابن داود وغيره وهذا هو أول خلع جرى فى الإسلام[٢] .

أما الدليل العقلى فقد قال الشافعية انه لما جاز أن يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك : بعوض كالتسرى والبيع، وفى الخلع دفع الضرر عن المرأة غالبا .

والخلع مشروع وجائز فى حالتى الشقاق والوفاء، وذكر الخوف فى الآية جرى مجرى الغالب .

والأصح أن الخلع فى حالة الوفاق مكروه إلا أن يخافا أو أحدهما أن لايقيما حدود الله التى افترضها فى النكاح أو أن يحلف بالطلاق الثلاث على فعل مالابد له من فعله فيخالع ثم يفعل المحلوف عليه لأنه وسيلة

---

(١) الغرر البهية فى شرزح البهجة الوردية للشيخ زكريا الانصارى جـ ٤، ص ٢٢٦ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ص ٢٢٦.

للتخلص من وقوع الثلاث.

هل الخلع طلاق؟؟ والخلع طلاق صريح إن ذكر المال أو نوى وإلا قلنا به وقيل فسخ. وفى قول نص عليه فى الأم أنه لايحصل به طلاق ولافسخ أ. هـ الخطيب على المنهاج[1].

وقد علق المرصفى على ذلك بقوله: (قوله باب الخلع) قال شيخنا م. ر وهو صحيح وان تبعها نحو نفقة لتختلع منه على المعتمد وإن حرم عليه ذلك - وعن شيخنا ز. ى خلافه أ هـ.

وما قاله شيخنا ز. ى (زكريا الأنصارى) مشى عليه الشارح فى شرح الروض. قال: لأنها مكرهة حينئذ فيكون الخلع باطلا ويقع الطلاق رجعيا نقله فى الساحل، والبحر وغيرهما من الشيخ أبى حامد أيضا - بخلاف مالو منعها ذلك فافتدت منه هى لتخلص منه. أ هـ أى لأنه بمجرد منع الحق لايكون مكرها على الخلع.

الفاظ الخلع: يقع الخلع بلفظ خالعتك، وفاديتك اذا ذكر معهما مالاً وإذا ذكرت هذه الألفاظ دون أن يذكر معها عوضاً فإنه يرجع فى ذلك إلى العرف وقد اطرد العرف بحريان بأن الخلع والفداء بعوض فإذا ذكرا الخلع والفداءبدون عوض وقبلته المرأة وجب مهر المثل ويرجع إلى المراد لاطلاق اللفظ دون ذكر عوض معه -وكان ذلك كما لو خالع على مجهول- أو خالع على مسمى لايصلح أن يكون مالا كخمر ونحوه فإنه يجب مهر المثل فكذا عند الإطلاق كالنكاح. ويعتبر اللفظان هنا عند الاطلاق (لفظ الخلع

(١) المرجع السابق، ص ٢٢٦.

و(لفظ الفداء) من قبيل صريح الفاظ الطلاق -وقيل: إن صريح لفظ الطلاق ليس منها هذان اللفظان.

والخلع يصح بسائر الفاظ الطلاق الصريحة والكنايات مع النية للطلاق من الزوجين معا كما يصح الخلع بعوض مجهول هو أو بعضه مجهول القدر أو الأجل أو بفاسد الشرط كشرط أن لاينفق عليها وهى حامل أو على أن لاسكنى لها أو لاعدة عليها أو أن يطلق ضرتها - فكل ذلك يوجب للزوجة مهر المثل مع وقوع طلقة رجعية.

الخلع بدين: الخلع بدين يوجب المسمى فى ذمتها المختلفة ولو غير مأذونة.

تعريف صاحب معنى المحتاج للخلع:

جاء فى معنى المحتاج: الخلع فى الشرع فرقة بين الزوجين بعوض مقصود لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع أو بكنايات الطلاق حكمه.

حكم الخلع: أما حكم الخلع فهو جائز مع كراهه إلا فى حالتين فالمشروعية فيه بدون كراهة فيه.

دليل المشروعية:

من الكتاب استدل لمشروعية الخلع بقوله تعالى: ﴿فإن طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه﴾ .

ومن السنة استدل للمشروعية بالأمر به فى خبر البخارى «فى امرأة ثابت بن قيس بقوله: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» وهو أول خلع فى

الاجماع واستدل للمشروعية باجماع العلماء على مشروعية هذه الفرقة مستندا الاجماع إلى الكتاب والسنة.

المعقول قال صاحب المغنى والمعنى فيه انه لما جاز ان يملك الزوج الانتفاع بالبضع بعوض جاز أن يزيل ذلك الملك بعوض كالشراء والبيع، فالنكاح كالشراء، والخلع كالبيع -وفى هذا دفع للضرر عن المرأة غالبا.

وقال صاحب المغنى: ولكنه مكروه لما فيه من قطع النكاح الذى هو مطلوب الشرع: لقوله -ﷺ-: «أبغض الحلال إلى الله الطلاق».

قال فى التنبيه: إلا فى حالتين:

إحداهما: أن يخافا ألا يقيما حدود الله أى ما افترضه فى النكاح لقوله تعالى: ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله﴾ الآية. وذكر الخوف فى الآية جرى على الغالب، لأن الغالب وقوع الخلع فى حالة التشاجر.

ولأنه إذا جاز حالة الخوف وهى مضطرة إلى بذل المال ففى حالة الرضا أولى.

كما يقاس حالة الجواز فى الخلع بحالة المشروعية فى الأقالة فى البيع.

الحالة الثانية: اما الحالة الثانية فهى حالة أن يحلف بالطلاق الثلاث على فعل شئ لابد له منه أى كالأكل والشرب وقضاء الحاجة فيخلعها ثم يفعل الأمر المحلوف عليه ثم يتزوجها فلا يحنث لانحلال اليمين بالفعلة الأولى، إذ لا يتناول إلا الفعلة الأولى وقد حصلت.

فإن خالعها ولم يفعل المحلوف عليه : ففيه قولان أصحهما أنه يتخلص من الحنث فاذا فعل المحلوف عليه بعد النكاح لم يحنث لأنه تعليق سبق هذا النكاح فلم يؤثر فيه كما إذا علق الطلاق قبل النكاح فوجدت الصفة بعد النكاح .

تنبيه قال صاحب المغنى ظاهر كلامهم هو حصول الخلاص بالخلع ولو كان المحلوف عليه مقيدا بمدة . وهو كذلك ، وخالف فى ذلك بعض المتأخرين .

وضرب لهذه الواقعة مثلا هو مالو قال الزوج لزوجته ان لم تخرجى هذه الليلة من هذه الدار فأنت طالق ثلاثا ، فخالع مع أى جزء من الليل ، وجدد النكاح ولم تخرج لم يقع الطلاق ، لأن الليل كله محل اليمين ولم يمض الليل وهى زوجة له حتى يقع الطلاق[١] .

أركان الخلع : أركان الخلع عند الشافعية خمسة :

١ - زوج يصح طلاقه فلا يصح من صبى ومجنون ومكره ، كطلاقهم .

لكن لو خالع العبد زوجته ، أو المدبر زوجته أو المحجور عليه بسفه زوجته صح الخلع بإذن وبدونه بمهر المثل أو أقل إذ لكل من هؤلاء ان يطلق زوجته مجانا فبعوض يجوز من باب أولى -ويجب العوض لمولى العبد قهرا ولو بدون إذن كسائر أكسابه .

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى الفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب جـ٣ ، ص [illegible] مصطفى البابى [illegible]

٢- الركن الثانى ملتزم بالعوض وهى الزوجة القابلة للخلع أو الملتمسة له وبشرط التكليف وان تكون غير محجور عليها وذلك بالنسبة لثبوت المال[١].

فان اختلعت آمة بلا اذن سيدها بدين فى ذمتها أو عين مال سيدها أو عين مال اجنبى أو عين غير مملوكة كخمر بانت من زوجها فى جميع هذه الصور، لوقوع الخلع بعوض فاسد. وذلك إذا نجز الزوج الطلاق فإن قيده يتملك تلك العين لم تطلق.

ويجب للزوج إذا طلقها فى هذه الصور مهر المثل لأنه المراد اذن بالبدل فى هذه الصور لفساد العوض.

قول آخر يجب للزوج فى قول آخر (فى هذه الحالات) قيمة الآمة المختلعة من زوجها ان كانت منقومة وإلا فمثلها.

وفى الخلع بدين يجب المسمى وفى قول يجب مهر المثل ورجح هذا الرأى فى المحرر والزوج الصغير كما لو تزوج العبد بغير اذن سيده ووطئ.

تنبيه قوله بدين فى ذمتها بمعنى أن يتبعها بالدين بعد عتقها ولا مطالبة للزوج بهذا الدين قبل عتقها ولا يضمن السيد مقدار الخلع إذا اذن لامته بأن تخالع زوجها بالدين.

اذا اذن السيد لآمته فى أن تخالع زوجها اذنا مطلقا: إذا أذن السيد

---

(١) مغنى المحتاج إلى معرفة معانى الفاظ المنهاج شرح الشيخ محمد الشربينى الخطيب ج٣، ص ٢٦٢ وما بعدها سنة ١٩٥٨ - ط مصطفى البابى الحلبى.

لآمته. فى مخالفة زوجها إذنا مطلقا لم يقيده بدين أو بعين فإنه يجب مهر المثل للزوج من كسبها ومما بيدها من مال التجارة.

خلع المريضة مرض الموت : يرى الشافعية صحة اختلاع المريضة مرض الموت ولاتحسب من الثلث إلا قدرا زائد على مهر المثل بخلاف مهر المثل واقل منه فإن تؤخذ من رأس المال لأن التبرع إنما هو بالزائد فهو كالوصية للأجنبى -ولايكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث إلا أن يكون وارثا بجهة أخرى غير الزوجية كابن عم، أو مُعْتِق.

اعتراض والرد عليه ولايعترض على ماقيل بالنسبة للزوجة المريضة مرض الموت بأنه قد قيل بأن خلع المكاتب وإن كان بمهر المثل أو أقل قد جعل تبرعا افلا تكون المريضة مرض الموت فى خلعها بمهر المثل أو اقل مماثلا لخلع المكاتب.

ويجاب عن ذلك بأن تصرف المريض أتم ولهذا وجب عليه تفقه الموسرين بخلاف المكاتب.

كما يصح خلع المريض مرض الموت بدون مهر المثل لأن البضع لايبقى للوارث لو لم يخالع[1].

هـالركن الثالث - البضع- :

اشترط الشافعية فى البضع ان يكون مملوكا للزوج بعقد نكاح صحيح نافذ فقالوا :

---

(١) المرجع السابق.

بصحة الخلع فى طلاق رجعى فى خلال العدة لأن المطلقة رجعيا فى حكم الزوجات فى كثير من الأحكام أما المطلقة بائنا فلا يملك الزوج من التمتع بالبضع بالنسبة للمطلقة رجعيا .

وقال الشافعية : ان المطلقة بائنا ليست فى حاجة ان تفتدى نفسها لأن طلاقها بائنا يفضى بها إلى البينونة التى ترجوها ببذل البدل فى الخلع بخلاف المطلقة رجعيا .

وهذا هو الأظهر فى المذهب فلا يصح الخلع بالنسبة للمطلقة بائنا -أو للمختلعة قبل ذلك اذا لايملك الزوج بضعها حتى تطلب منه أن يزيله- وحكى الماوردى فى ذلك إجماع الصحابة .

٤- الركن الرابع -العوض- :

لم يشترط الشافعية فى العوض المقابل للخلع مقدارا معينا فيصح عوض الخلع قليلا أو كثيرا دينا أو عينا أو منفعة لعموم قوله تعالى : ﴿فلا جناح عليها فيما افتدت به﴾ .

وقال الشافعية : ان الخلع عقد على منفعة البضع فجاز بما يذكر فى قدره أو نوعه كالصداق .

استثناء واستثنى الشافعية من المشروعية للخلع بقليل العوض وكثيرة استثنرا صورتين .

الأولى الخلع على أنه برئ من سكناها وقالوا بوقوع الطلاق ولايجوز البدل لأن اخراجها من المسكن حرام فلها السكنى وعليها مهر المثل .

الثانية اما الصورة الثانية فهي الخلع على تعليم شئ من القرآن فقيه ماقالوه فى الصداق حيث قالوا بالتعذر إنه لايصح.

شروط العوض المخالع عليه اشترط الشافعية فى العوض ان يكون متمولا أى له مالية أى يصلح أن يكون ثمنا وان يكون معلوما مقدورًا على تسليمه -وفرعوا على ذلك فقالوا:

١- لو خالع بمجهول كاحد العبدين أو كان الخلع على شئ لايعتبر مالا فى حق المسلم كالخلع على خمر - فإن الزوجة تبين ويجب مهر المثل لأنه المراد عند فساد العوض.

رأى آخر يجب على الزوجة بدل الخمر وهو قدرها من العصير كالقولين فى صداقها.

٢- لو اختلعت زوجة الكافر على خمر:

قال صاحب المغنى، لايخفى ان خلع الكفار بعوض غير مالى هو خلع صحيح كما فى انكحتهم، فربما وقع إسلام بعد قبضه كله فلا شئ له عليها.

أما لو كان قد وقع اسلام قبل قبض شئ من العوض الفاسد فله مهر المثل ولو كان بعد قبض بعضه فالقسط.

٣- لو خالع الزوج المسلم زوجته المسلمة على عين فتلفت قبل القبض أو خرجت مستحقة أو معيبة فردها أو فاتت منها صفة مشروطة فردها- فإنه يرجع عليها بمهر المثل والعوض فى يدها كالمهر فى يده فى أنه مضمون ضمان عقد- وقبل ضمان يد[1].

---

(١) المرجع السابق، ص ٣٦٨.

٥- الركن الخامس الصيغة

حقيقة الخلع عند الشافعية تنقسم إلى صريح وكنايه .

الأثر الشرعى للخلع بلفظ صريح: الصحيح عند الشافعية ان الفرقة الحاصلة بلفظ الخلع تقتضى وقوع الطلاق -وانه ينقص به عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته بلفظ الطلاق تماما لأن الله تعالى ذكره بين طلاقين فى قوله تعالى ﴿الطلاق مرتان﴾ فدل على انه ملحق بهما .

وقال اصحاب هذا الرأى من الشافعية انه لو كان الخلع فسخا لما جاز على غير الصداق إذ الفسخ يوجب استرجاع البدل، كما أن الإقالة من البيع لا تجوز بغير الثمن .

رأى آخر: وهناك رأى ثان يرى ان الخلع فسخ لاينقص به عدد الطلقات التى يملكها الزوج على زوجته ويجوز تجديد النكاح بعد تكرره من غير حصر ولأن الفرقة الحاصلة به فرقة حصلت بمعاوضة فيكون فسخا كشراء زوجته -وهذا القول منسوب إلى المذهب القديم للشافعى- .

رأى ثالث: فى قول نص عليه فى الأم أن الخلع لايقع به طلاق ولا فسخ -لكن الفرقة بلفظ الطلاق- لابلفظ الخلع- اذا حصل على عوض فان الفرقة الحاصلة به تكون فرقة طلاق قطعا . وكذا اذا قصد بلفظ الخلع الطلاق أو اقترن بلفظ الخلع الطلاق كخالعتك على طلقة بالف[١] .

---

١) المرجع السابق، ص ٣٦٨.

المذهب الحنبلى :

الخلع :

قال صاحب المغنى مبينا حاجة المجتمع المسلم عند الضرورة إلى اباحت افتداء الزوجة لإقالتها من عقد النكاح وذلك بان تخالع زوجها ودلل على المشروعية من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول فقال :

وجملة الأمر أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلق أو خلقة أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لاتؤدى حق الله تعالى فى طاعته جاز لها أن تخالعه بعوض فتفتدى به نفسها منه وذلك لقوله تعالى : **﴿فإن خفتم أن لايقيما حدود الله فلا جناح عليها فيما افتدت به﴾**(١) .

ومن السنة النبوية حديث المختلعة فقد روى أن رسول الله -ﷺ- خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه فى الغلس ، فقال رسول الله -ﷺ- : «ماشأنك»؟؟ قالت : لا أنا ولا ثابت لزوجها .

فلما جاء ثابت قال له رسول الله -ﷺ- : «هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ماشاء الله أن تذكر» .

وقالت حبيبة : يارسول الله -ﷺ- : كل ما أعطانى عندى فقال رسول الله -ﷺ- لثابت بن قيس : «خذ منها» فأخذ منها وجلست فى أهلها . وهذا حديث صحيح ثابت الاسناد رواه الأئمة مالك ، وأحمد وغيرهما .

---

(١) سورة البقرة الآية: ٢٢٩.

وفى رواية البخارى قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبى -ﷺ- فقالت : يارسول الله : ما أنقم على ثابت فى دين ولاخلق إلا أننى أخاف الكفر . فقال رسول الله -ﷺ- : «أتردين عليه حديقته»؟؟ فقالت نعم فردتها عليه ، وأمره بفراقها ، وفى رواية فقال له : «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» .

الاجماع -قال ابن قدامة وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز الشام[١] .

قال ابن عبد البر : ولا نعلم أحدا خالفه إلا بكر بن عبد الله المزنى ، فإنه لم يجزه .

وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله تعالى : ﴿**وإن اردتم استبدال زوج مكان زوج**﴾[٢] .

وروى عن ابن سبرين وأبى قابة أنه لايحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا : لقوله تعالى : ﴿**ولاتعضلوهن لتذهبوا ببعض ما أتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة**﴾[٣] .

ولنا : الآية التى تلوناها والخبر وأنه قول عمر وعثمان وعلى وغيرهم من الصحابة ولم نعرف مخالفا فيكون اجماعا .

---

(١) المغنى لابن قدامة المقدسى جـ٧و ص ٣٢٣ - الناشر مكتبة القاهرة بالصنادقية بالقاهرة تحقيق محمود عبد الوهاب فايد، وعبد القادر أحمد عطا من علماء الأزهر الشريف رحمهما الله.

(٢) سورة النساء الآية رقم ٢٠.

(٣) سورة النساء الآية رقم ١٩.

ودعوى النسخ لاتسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة، ولم يثبت شئ من ذلك.

أما لماذا سمى انهاء عقد الزواج بالإفتداء خلعا فيقول ابن قدامة الفقيه الحنبلى ان هذا يسمى خلعا لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها قال تعالى: ﴿**هن لباس لكم وانتم لباس لهن**﴾[1]، ويسمى هذا الطريق افتداء لأنها تفتدى نفسها بمال تبذله قال الله تعالى: ﴿**فلاجناح عليهما فيما افتدت به**﴾[2].

هل انهاء عقد النكاح بالخلع يحتاج إلى قضاء؟؟

قال الحنابلة لايحتاج الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد فقال: يجوز الخلع دون السلطان، وروى البخارى ذلك عن عمر وعثمان رضى الله عنهما وبه قال شريح والزهرى ومالك والشافعى واسحاق وأهل الرأى.

وعن الحسن ابن سيرين أنه لايجوز الخلع إلا عند السلطان.

ورد الحنابلة الرأى الأخير فقالوا: إنه الخلع قال به عمر وعثمان وهو عقد معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح، وهو أيضا قطع للعقد بالتراخى أشبه الإقالة.

هل يتوقف الخلع بوقت معين قال الحنابلة لا بأس بالخلع فى الحيض والطهر الذى أصابها فيه، لأن المنع من الطلاق فى الحيض من أجل الضرر الذى يلحقها بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذى يلحقها بسوء العشرة

(١) سورة البقرة الآية رقم ١٨٧.
(٢) سورة البقرة الآية رقم ٢٢٩.

والمقام مع من تكرهه وتبغضه اعظم من تضررها من طول العدة فجاز دفع اعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل رسول الله المختلعة عن حالها[١] .

المذهب الظاهرى:

الخلع :

قال الظاهرية ، الخلع هو الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فخافت أن لاتوفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيها حقها فلها ان تفتدى منه ويطلقها إن رضى هو؟ والا لم يجبر هو؟ ولا أجبرت هى إنما يجوز يتراضيهما . ؛

ولا يحل الإفتداء الا بأحد الوجهين المذكورين أو باجتماعهما فان وقع بغيرهما فهو باطل ويرد عليها ما أخذه منها وهى امرأته كما كانت ، ويبطل طلاقها ويمنع من ظلمها فقط .

قيمة المال الذى تؤديه الزوجة يرى الظاهرية ان للزوجة ان تفتدى بجميع ماتملك .

أثر الخلع قال الظاهرية : ان الخلع طلاق رجعى إلا ان يطلقها ثلاثا أو آخر الثلاث ، أو تكون غير موطوءة فإن راجعها فى العدة جاز ذلك احبت أم كرهت- ويرد ما أخذ منها اليها .

الفداء بخدمة أمر جائز قال ابن حزم يجوز الفداء بخدمة محدودة ، ولا يجوز بمال مجهول -لكن بمعروف محدد ، مرئى ، معلوم أو موصوف .

(١) المغنى لابن قدامة ، مرجع سابق .

تلخيص ابن حزم لمشروعية الخلع ومدى حاجته إلى القضاء:

قال ابن حزم اختلف الناس فى الخلع فلم تجزه طائفة ، واختلف الذين أجازوه فقالت طائفة هو طلاق؟ وقالت طائفة أخرى لايجوز إلا باذن السلطان ثم اختلف الذين قالوا بان الخلع طلاق ؟؟ فقالت طائفة هو رجعى كما قلنا -وقالت طائفة هو بائن- .

وقالت طائفة لايجوز إلا بما أصدقها ولايجوز باكثر .

وقالت طائفة : يجوز بكل ماتملك

وقال طائفة : لايجوز الخلع إلا مع خوف تشوذه وإعراضه أو ان لاتقيم معه حدود الله .

وقال طائفة : لايجوز الخلع إلا بأن يجد على بطنها رجلا .

وقالت طائفة : لايجوز الخلع إلا بأن تقول : لااطيع لك امرا ، ولااغتسل لك من جنابة[١] .

واختلفوا فى الخلع الفاسد فقالت طائفة ينفذ ويتم وقالت طائفة يرد ويفسخ ثم اخذ يفند الاقوال المعارضة لرأيه فقال : ان قول الله تعالى : ﴿وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا والصلح خير﴾ .

وقال الله تعالى : ﴿فإن خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ .

---

(١) المحلى لابن حزم الظاهرى، جـ١١، ص ٨٥٤ وما بعدها.

فهاتان الآيتان قاضيتان على كل ما فى الخلع.

وقال: ان من منع الخلع بغير إذن السلطان اعتمادا على المروى عن الحسن البصرى (لايكون خلع الا عند السلطان).

واستنادا إلى ماروى عن سعيد بن جبير قال: «لايكون الخلع إلا حتى يعظها فإن اتعظت وإلا ضربها فإن اتعظت وإلا إرتفعا إلى السلطان فيبعث حكما من اهلها وحكما من اهله يرفع كل واحد منهما إلى السلطان مايسمع من صاحبه فإن رأى أن يفرق بينهما فرق وان رأى أن يجمع جمع.

وقال ابن حزم ردا على هذا: «إن هذا كله لاصحة على تصحيحه ثم رد على من قال ان الخلع ليس طلاقا وقال ان ماروى عن رسول الله فى حديث زوجة ثابت ابن قيس بن الشماس وان رسول الله -ﷺ- قال لثابت: خذ منها فأخذ منها وجلست فى اهلها.

وقال ابن حزم: إن الروايات المتعددة لهذاالحديث كلها تفيد مشروعية الخلع وأنه طلاق خصوصا الرواية التى فيها «إقبل وطلقها تطليقة» فهذاالخبر فيه زيادة على الخبرين الآخرين والزيادة لايجوز تركها فكان الخلع طلاقا.

الخلع طلاق لافسخ:

قال ابن حزم:

قال الحنفية: هو طلاق بائن ويلحقها طلاقه مادامت فى العدة وقال مالك والشافعى: هو طلاق بائن ولايلحقها طلاقه فى العدة وأنهى ابن حزم هذا الموضوع بترجيح رأيه بأن الخلع طلاق رجعى فقال:

وأما من قال : إن الخلع طلاق رجعى .

فكما روينا من طريق عبد الرازق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب : انه قال فى المختلعة : إن شاء أن يراجعها فليردد عليها ما أخذه منها فى العدة وليشهد على رجعتها -قال معمر : وكان الزهرى يقول ذلك قال قتادة : وكان الحسن يقول : لايراجعها الا بخطبة .

وقال ابن خزم : لقد بين الله تعالى حكم الطلاق : «وبعولتهن أحق بردهن» وقال : «فامسكوهن بمعروف ، او فارقوهن بمعروف» فلا يجوز خلاف ذلك -وما وجدنا فى الكتاب والسنة طلاقا لارجعة فيه إلا الثلاث مجموعة أو مفرقة أو التى لم يطأها- ولامزيد - وما عدا ذلك فهى آراء لاحجة فيها .

البدل فى الخلع ليس محددا قال ابو حنيفة لايأخذ الزوج من زوجته بدلا فى الخلع أكثر مما أعطاها ، فإن فعل فليتصدق بما زاد وقالت طائفة يكره أن يأخذ منها كل ما أعطاها .

وقالت طائفة : يأخذ كل مامعها مما دون ذلك إذا تراضيا به وتستدل هذه الطائفة لرأيها ان امرأة نشزت على زوجها وان امرها قد رفع إلى عمر بن الخطاب وان عمر قال لزوجها : اخلعها ولو من قرطها . وإن مثل هذه الحادثة حصلت زمن عثمان بن عفان وانه امر الزوج بأن يأخذ من امرأته هذه عقاص رأسها فما دونه .

وعن نافع ابن عمر جاءته مولاة لامرأة اختلعت من كل شئ لها وكل ثوب لها حتى من نقبتها -وهو قول مالك والشافعى وأبى سليمان

واصحابهم.

وقال ابن حزم بعد هذا البيان لأقوال الفقهاء فى بدل الخلع ومقداره قال: قال ابو محمد: نعم، لايحل له أن يأخذ شيئا إلا أن تطيب نفسها به[(١)].

الشروط الواجب توافرها فى بدل الخلع:

اشترط الظاهرية فى بدل الخلع ان يكون معلوما فمن خالع على مجهول فهو باطل لأنه لايدرى الزوج مايجب له عندها، ولاتدريه هى؟؟ فكان عقدا فاسدا وكل طلاق لم يصح إلا بصحة ما لاصحة له فهو غير صحيح واذا كان غير صحيح فلم يطلق اصلا.

الخلع لايسقط حق المختلعة فى النفقة والمسكن والكسوة يرى الظاهرية ان المختلعة لايسقط حقها على زوجها (المخالع لها) فى نفقتها وكسوتها واسكانها فى العدة مادام الخلع تم صحيحا إلا ان تكون المختلعة قد طلقت ثلاثا مجموعة أو مفرقة -كما لايسقط حقها فى مؤخر صداقها قل أو كثر.

لاولاية لاحد فى الخلع عن الزوجة وقال الظاهرية بعدم جواز مخالعة الاب عن المجنونة ولاعن الصغيرة كما لايجوز لغيره ذلك مطلقا لقوله تعالى: ﴿ولاتكسب كل نفس إلا عليها﴾، ولقوله تعالى: ﴿ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾.

فمخالعة الأب أو الوصى أو السلطان عن صغيرة أو كبيرة كسب

(١) راجع المحلى لابن حزم الظاهرى جـ ١١، ص ٥٩٥ وما بعدها.

على غيره وهذا لايجوز -واستحلال الزوج مالها بغير رضاها ه أكل مال بالباطل فهو حرام.

ويشترط الظاهرية فى الفدية (بدل الخلع) ان تكون معلومة القدر مملوكة للمختلعة -ولذا قالوا ببطلان الخلع نظير الإبراء عن نفقة الحمل أو الإبراء عن أجرة إرضاعه. وعللوا لذلك بقولهم: إنه افتداء بمجهول فلا يصح اما جهالة القدر فلأن السعر يزيد وقد ينقص. وفى المثل المذكور الابراء فيه هو ابراء عن شئ لم تملكه بعد وهذا أمر باطل.

المذهب الإمامى:

صيغة عقد الخلع:

مثل الإمامية لصيغة الخلع بأن يقول الزوج لزوجته: خلعتك، أو فلانه مختلعة على كذا.

وفى حالة ذكر الصيغة مجردة اختلف فقهاء المذهب فمنهم من قال يتم الخلع بذلك قال: (علم الهدى) وقال (الشيخ) لاحتى تتبع بالطلاق.

هل الخلع طلاق أم فسخ للعقد: لو تجردت صيغة الخلع بأن لم يقترن بها الطلاق -اعتبر طلاقا كما لو اقترنت الصيغة بالطلاق بذلك يرى الامام «المرتضى».

لكن الشيخ قال لوتجردت الصيغة ولم يقترن بها الطلاق اعتبر الخلع فسخا عند الشيخ لو قال بوقوعه مجردا.

البدل فى الخلع: لم يشترط الإمامية قدرا محددا لبذل الخلع وقالوا:

إن ماصح أن يكون مهرا، صح أن يكون فدية فى الخلع، ولاتقدير فيه، بل يجوز أن يأخذ منها زائدا عما وصل إليها.

الشــروط:

اشترط الامامية شرطان فى الفدية وشروطا فى الخالع والمختلعة والعقد على النحو التالى:

١- يشترط فى الفدية ان تكون معينة وضعا أو إشارة.

٢- ويشترط فى الخالع (الزوج) ان يكون بالغا كامل العقل وأن يكون مختارا، قاصدالما يفعله.

٣- ويشترط فى المختلعة المدخول بها الطهر الذى لم يجامعها فيه، إذا كان زوجها حاضرا، وكان مثلها تحيض، وان تكون الكراهية منها خاصة صريحا.

ويصح خلع الحامل مع الدم لوقيل إنها تحيض.

٤- يعتبر فى العقد حضور الشاهدين العدلين وأن يتجرد عقد الخلع عن الشرط.

ولا بأس بوجود شرط يقتضيه العقد كما لو شرط الرجوع إن رجعت[1].

امور مهمة فى الخلع: قال العلامة الحلى فى مختصره:

(١) المختصر النافع فى فقه الإمامية للحلى المتوفى ٦٧٦ هـ، ص ٢٠٣.

يلحق بالخلع مسائل هى :

الأولى : لو خالعها والاخلاق ملتئمة لم يصح ، ولم يملك الفدية .

الثانية : لارجعة للخالع -نعم لو رجعت فى البدل رجع ان شاء - ويشترط رجوعها فى العدة ، ثم لارجوع بعدها .

الثالثة : لو أراد مراجعتها ، ولم ترجع فى البدل افتقر إلى عقد جديد فى العدة أو بعدها .

الرابعة : لاتوارث بين المختلعين ولومات أحدهما فى العدة لانقطاع العصمة بينهما بالخلع .

المبـــارأة :

المبارأة : أن يقول : بارأتك على كذا .

وهى تترتب على كراهية الزوجين كل منهما صاحبه .

ويشترط اتباعها بالطلاق على قول الأكثر من فقهاء الإمامية .

والشرائط المعتبرة . يشترط فى المبارأة مايشترط فى الخلع بالنسبة لكل من الخالع والمختلعة .

ولارجوع للزوج إلا أن ترجع هى فى البذل .

وإذا خرجت من العدة فلا رجوع لها .

ويجوز أن تفاديه بقدر ما وصل إليها منه فما دون -ولايحل له مازاد

عنه[١].

الشيعة الزيدية:

صيغة الخلع:

يرى الشيعة الزيدية ان الخلع لفظة الخلع ومايتصرف منه كخالعتك، وأنت مختلعة وكذا المبارأة.

حكمه: وقد اوضح الإمام زيد بن على عن أبيه عن جده عن على عليهم السلام ان الخلع اذا وقع بشرط أو عقد جامع للشروط فيهما فإنه يعتبر طلاقا بائنا يمنع الرجعة إلا بعقد جديد فى غيز المثلثة ولو فى العدة كالطلاق قبل الدخول وان خالقه فى عدم ثبوت العدة فيه فلا تصح الرجعة فيه لا بالقول ولا بالفعل كما تصح فى الطلاق الرجعى من الزوج فى العدة.

والخلع من أحكامه ايضا انه يمنع لحوق المختلعة أى طلاق. وعلل الزيدية لذلك فقالوا: إن الخلع لايتبعه طلاق لأن الطلاق عندنا لايتبع الطلاق والخلع نوع من الطلاق لافسخ[٢]، وهو مذهب على عليه السلام وعثمان وابن مسعود وزيد بن على.

فاذا قبل الرجل من امرأته فدية فإنها تبين منه بتطليقة.

---

(١) المرجع السابق.

(٢) راجع الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للسباغى جـ٤، ص ٤١٩ ، وراجع التاج المذهب لأحكام المذهب شرح متن الازهار فى فقه الأئمة الاطهار للصنعانى جـ٢، ص١٩٣.

أنواع الخلع الخلع قد يكون صريحا -وقد يكون كناية كما يلى :

الخلع الصريح مثل ان يقول الرجل لزوجته انت طالق على الف فهذا صريح خلع .

الكناية وان قال الرجل لأمرأته خالعتك فهذا كناية خلع . وقيل : بل صريح - واذا ذكر العوض مع لفظ خالعتك فانه لايحتمل غير الخلع .

الخلع تدخله السنة والبدعة وتدخل الخلع الخلع للسنة والخلع بدعة كالطلاق الخالى عن العوض .

الدليل واستدل الزيدية بحديث ابن عباس عند البخارى وأبى داود ان النبى -ﷺ- قال لثابت : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» وهو نص فى كونه طلاقا والطلاق قد يكون سنيا وقد يكون بدعيا .

متى يصير الخلع طلاقا رجعيا إذا اختل قيد من القيود التى اعتبرت فى الخلع بعد ان وقع القبول ونحوه فإنها تصير مختلعة رجعيا قال السمولى : بعد تمام أركانه ولم يكن ثالثا ولاقبل الدخول . وفى ذلك حالات منها :

١ - ان يطلقها بغير عوض سواء كان عقدا أم شرطا .

٢ - أن يكون الخلع بعوض غير مال سواء كان عقدا أم شرطا .

٣ - ان يكون الخلع بعوض صائر كله إلى غير الزوج لابعضه فيصح خلعا بقدر ماصار اليه .

٤ - ان يكون العوض من الزوجة وهى غير ناشزة وكان عقدا فيقع بالقبول . رجعيا .

٥- ان يكون العرض منها أكثر ممالزم بعقد الزواج وكان عقدا فيقع بالقبول رجيعا .

٦- ان تقول الزوجة طلقنى وأنت برئ أو لك الف فطلق فيكون رجعيا .

٧- لو قال ردى على مهرك حتى أطلقك فردته فطلقها كان رجعيا لأنه حق -وعد به لاعقد به ولاينعقد بالعدة[١] .

المختلعة لاسكنى لها ولانفقة . وذلك لحديث اخرجه احمد فى مسنده والطبرى ان النبى -ﷺ- قال : «إنما النفقة والسكنى للمرأة على زوجها ماكانت له عليها رجعة» .

وعن ابن عباس انه كان لايرى للمختلعة نفقة ولامتعة[٢] .

هل يلحق المختلعة الطلاق؟

المختلعة يلحقها الطلاق مادامت فى العدة واستدل الزيدية لذلك بما روى عن غياث بن جعفر عن أبيه قال : «المختلعة يلحقها الطلاق ماكانت فى العدة» .

كما استدلوا بما روى أبو الدرداء قال : «للمختلعة طلاق فى العدة» .

هل ينهى بالخلع حرمة المصاهرة، وحرمة الجمع لاكثر من اربعة؟

يرى الزيدية ان الرجل اذا خالع زوجته فإنه لايجوز له ان يتزوج

---

(١) التاج المذهب ص ١٩٤ مرجع سابق.

(٢) الروض النضير ص ٤٢ مرجع سابق.

بأختها المختلعة حتى تنقضى عدتها كما لايجوز له أن يتزوج خامسة حتى تنقضى عدة الرابعة .

واستدلوا لذلك بما روى عن على فى رجل تكون معه أربع نسوة فيطلق احداهن قال : لاينكح امرأة حتى يخلو اجل امرأته التى طلق[١] .

المذهب الإباضى :

الخلع بضم الخاء لغة الترك وبالفتح النزع .

الخلع شرعا والخلع شرعا هو فداء ببعض الصداق فإن ابرأت زوجها من صداقها لايفداء ثم افتدت منه لم يلزمها غرمه إن لم تقضه له فى حق .

ومن قال لرجل : أبرأتك من صداق امرأتك فلانة فقبل ذلك منها على الفداء طلقت طلاقا بائنا لايجد لرجعتها إلا برضاها ولو كان القائل ممن لايصح فداؤه كالطفل والمجنون والعبد ذكرا أو انثى لأن الطلاق وقع بقبوله ولو لم يصح الفداء فإن اجازت زوجته مافعل غيرها عنها لزمها وكان الطلاق له بالفداء ولايقع عليه إلا طلاق واحد .

أما اذا لم تجز فإن الطلاق يلزم المطلق - وهى على صداقها .

الطلاق بالفداء يرى الإباضية ان الزوج بقبوله الفداء هو طلاق بائن ولاتوارث فيه بين الزوج والزوجة المطلقة على فدية حتى ولو كانت الوفاة فى العدة .

الرجعة تكون الرجعة بين المخالع والمختلعة بعقد جديد وفى المذهب

---

(١) المرجع السابق.

رأى يقول بالرجعة بلا تجديد نكاح .

الشروط قال الإباضية بضرورة ان تكون الملتزمة بالفداء بالغة عاقلة فمن تزوج طفلة فأبرأته من صداقها على الفداء فقبله لزمه الطلاق بائنا ولها صداقها[١] .

وقال الاباضية : لا يلزم طفل أو مجنون فداءا ولا خلع ولا يصح منهما قبول للفداء أو الخلع ولا طلاق وان كان بخليعة أو ولى .

---

(١) النيل وشفاء العليل للعلامة محمد بن يوسف اطفيش جـ٧ ص ٢٧٤ وما بعدها - دار الفتح ببيروت.

